Zusendung unbestellter Waren

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung des juristischen Doktorgrades

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Rolf von Müller

aus Rostock

1940

Druckerei wissenschaftlicher Werke Konrad Triltsch
Würzburg-Aumühle

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Die Arbeit ist inhaltlich im Jahre 1934 abgeschlossen worden. Die Fakultät übernimmt durch die Annahme der Arbeit keine Verantwortung für deren Inhalt.

Inhaltsangabe.

Seite

I. Voraussetzungen.

1. § 1. Einführung 1
2. § 2. Der Begriff Ware 2
3. § 3. Wann liegt eine Zusendung unbestellter Ware vor? 3

II. § 4. Die Zusendung als Vertragsantrag 5

III. Die Annahme dieses Antrages.

1. § 5. Ausdrückliche Annahmeerklärung 10
2. § 6. Schlüssige Annahmehandlungen 11
3. § 7. Die Bedeutung des Schweigens 24

IV. Die Ablehnung des Antrags.

1. § 8. Die Besitzverhältnisse 29
2. § 9. Rechte und Pflichten des Empfängers und des Absenders, wenn die Sendung ohne den Willen des Empfängers in dessen Machtbereich gelangt ist 36
3. § 10. Rechte und Pflichten des Empfängers und des Absenders, wenn die Sendung mit dem Willen des Empfängers in dessen Machtbereich gelangt ist 44

V. § 11. Ergebnis der Arbeit 49

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547922_0168

1. Voraussetzungen.

§ 1. Einführung.

Das Zusenden von Waren, die nicht bestellt worden sind, hat sich im Laufe der letzten Jahrzehnte zu einer Erscheinung im Handelsverkehr entwickelt, mit der fast jeder im Erwerbsleben Stehende schon in Berührung gekommen ist.

Die Zunahme dieser Art Sendungen ist durch das Anwachsen, die Beschleunigung und Verbilligung unseres modernen Verkehrs begünstigt worden.

In dem Kampf des Geschäftsmannes um Absatzmärkte und Gewinnung neuer Kunden spielt die Zusendung unbestellter Waren keine unerhebliche Rolle. Trotzdem herrscht über die Behandlung dieser Sendungen in weitesten Kreisen größte Unklarheit.

Das Gesetz selber hat eine Regelung nicht getroffen, abgesehen von einigen Sonderfällen, wie z. B. HGB §§ 362, 378, BGB § 663, Kontrahierungszwang der Eisenbahn HGB § 453, die aber andere Voraussetzungen als der gewöhnliche Fall der unbestellten Zusendung haben [1]). Aus diesem Schweigen des Gesetzes ist aber nicht zu entnehmen, daß dieses Institut vom Gesetzgeber nicht gewollt sei. Denn die Denkschrift zum Entwurf eines HGB [2]) und die Motive [3]) erwähnen die unbestellte Zusendung als etwas durchaus nicht Ungesetzliches [4]). Eine gesetzliche Regelung ist wohl deshalb unterblieben, weil es sich bei der Zusendung unbestellter Waren um die verschiedensten Fälle handelt, die man nicht durch eine Bestimmung befriedigend regeln kann.

Der Gesetzgeber hat daher auf eine gesetzliche Regelung, die unter Umständen zu ganz unbefriedigenden Ergebnissen kommen könnte, verzichtet und dem Richter volle Freiheit gelassen, damit dieser für den einzelnen Fall zu einer Lösung gelangen kann, die dem jeweiligen Umstande gerecht wird.

---

[1]) Der Buchhandel hat darüber eigene Bestimmungen in der buchhändlerischen Verkehrsordnung im Börsenblatt 1901, S. 7589; 1927, Nr. 63, S. 4.

[2]) S. 226.

[3]) Bd. I, S. 172.

[4]) Vleugels, S. 1.

Die eigenartigsten Ansichten über dieses Gebiet, das doch so praktisch im täglichen Leben ist, laufen im Publikum um. Wenn ein Arzt, der ihm unbestellt zugesandte Zigarren aufgeraucht hat, diese mit einem Rezept für ein Mittel gegen Kopfschmerzen, das er an den Lieferanten schickt, bezahlen will, so erhellt dies, welche Anschauungen über dieses Gebiet herrschen. Immer wieder hört man die mehr oder minder bange Frage, wenn jemand eine derartige Sendung empfangen hat: „Was mache ich bloß damit?" Diese Unsicherheit führt wohl sehr häufig zu einem Ankauf, da der Empfänger hierin die bequemste, allerdings auch kostspieligste Lösung erblickt, so aber Unannehmlichkeiten aus dem Wege gehen will. Auch im juristischen Schrifttum ist man sich über die Behandlung derartiger Zusendungen in keiner Weise einig.

§ 2. Der Begriff „Ware".

Es muß zunächst einmal klargestellt werden, was unter „Ware" zu verstehen ist.

„Waren sind bewegliche, körperliche Sachen, die nach der Anschauung des Verkehrs als Gegenstände des gewerbsmäßigen Umsatzes in Betracht kommen" [5]). Waren sind „nur diejenigen, die der Verkehr als Objekt des Güteraustausches ansieht, nur die, die im Verkehr gehandelt werden" [6]).

Hieraus ergibt sich, daß Kataloge, Preislisten und ähnliches nicht unter den Begriff Ware fallen. Aber auch noch aus einem anderen Grunde kann auf sie nicht eingegangen werden. In dem Zusenden z. B. eines Kataloges liegt eine Aufforderung an den Empfänger, dem Absender einen Vertragsantrag zu stellen [7]), also eine Aufforderung, die geschäftlichen Beziehungen von sich aus anzuknüpfen, ferner liegt darin noch ein Eigentumsübertragungsantrag, der an keinerlei Bedingungen geknüpft ist.

Der Absender will dem Empfänger das Eigentum an dem Katalog verschaffen, um den Empfänger zu veranlassen, von dem Inhalt des Kataloges Kenntnis zu nehmen und gegebenenfalls dem Absender einen Vertragsantrag über bestimmte ihm zusagende Gegenstände zu machen.

---

[5]) Düringer-Hachenb. 1. Bd., § 1, Anm. 19.

[6]) Düringer-Hachenb. 1. Bd., § 1, Anm. 22; ähnlich auch RG 74, 162: „Gegenstände des Handelsverkehrs".

[7]) RGR Komm. § 145, 1.

Das Zusenden eines Kataloges ist also nichts anderes als eine Art der Reklame, sie bedeutet noch nicht die Anknüpfung eines Vertragsverhältnisses, sondern will nur dem Empfänger nahelegen, mit den Vertragsverhandlungen zu beginnen.

Auch die Warenmuster sind auszuscheiden, solange sie nur dem Zweck bestimmt sind, dem Empfänger über die Art und die Beschaffenheit der Ware Auskunft zu geben [8]), und solange ihr Wert unerheblich ist. Denn dann sind sie keine Waren, da sie nicht dem Güteraustausch selbst dienen, sondern ihn nur vorbereiten helfen.

Das alte Problem von den Rechtsverhältnissen bei Übersenden von Originallosen, die nicht bestellt waren, ist überholt, da heute nur noch Musterlose und keine Originallose mehr ohne Bestellung zugesandt werden.

§ 3. Wann liegt eine Zusendung unbestellter Ware vor?

Der im praktischen Leben wohl häufigste Fall ist die Zusendung von Waren, die der Absender aus eigenem Antriebe, ohne dazu aufgefordert zu sein, dem Adressaten zustellt, um diesen zum Ankauf zu bewegen. Er will hiermit neue Kunden gewinnen, neue geschäftliche Beziehungen anknüpfen, alte wieder aufleben lassen und vor allem die abgesandte Ware absetzen. Das Charakteristische an dieser Art des Umsatzes ist das Tätigwerden des Absenders lediglich im eigenen Interesse in der stillen Hoffnung, daß sich dieses mit dem des Adressaten deckt. Es ist dies der Fall, den man sich im allgemeinen unter einer unbestellten Zusendung vorstellt. Als eine derartige Zusendung müssen auch die Fälle angesprochen werden, in denen zwar eine Bestellung vorliegt, der Absender aber außer den bestellten Waren noch andere Waren oder über die Menge der bestellten hinaus Waren gleicher Gattung liefert [9]) in dem Bewußtsein, über die Bestellung hinauszugehen, auch wieder in der Hoffnung, so mehr von seinen Vorräten absetzen zu können. Eine Zusendung unbestellter Waren liegt auch vor, wenn der Empfänger durch irgendeinen Irrtum Ware erhält, die er nicht bestellt hat. Es sind hier die verschiedensten Möglichkeiten denkbar: einmal kann ein Versehen des Absenders oder seiner Gehilfen bei der Beschriftung oder Überbringung oder des Frachtführers bei der Zustellung vorliegen, andererseits kann beim Vorliegen einer Bestel-

[8]) Düringer-Hachenb. 1. Bd., § 1, Anm. 22.
[9]) RG in JW 1900, S. 297; RG in LZ 1919, S. 960, Nr. 5.

lung eine andere Art oder Menge von Waren als die bestellten irrtümlich verschickt worden sein.

Für den Empfänger handelt es sich in allen Fällen um eine Ware, die er nicht bestellt hat, er hat ihr gegenüber im wesentlichen die gleichen Verpflichtungen, abgesehen von einigen Sonderfällen, wie nachher darzulegen ist.

Ganz anders liegt aber die Sachlage beim Absender, der in dem einen Fall bewußt seinen Mitmenschen etwas aufzudrängen sucht, im anderen aber selber gar kein Interesse daran hat, daß der Empfänger die Ware erhalten hat, im Gegenteil, dem es höchst unerwünscht ist, da für ihn dadurch nur Unannehmlichkeiten entstehen. Es sind die Fälle auszuscheiden, bei denen eine Bestellung vorliegt und der Absender nur in ganz geringem Umfang von der Bestellung abgewichen ist. Hier handelt es sich nicht um eine Zustellung unbestellter Waren, sondern um eine fehlerhafte Ausführung der Bestellung. Es sind daher die Bestimmungen über unrichtige Erfüllung anzuwenden. Liegt ein beiderseitiger Handelskauf vor, so ist die Bestimmung des § 378 HGB anzuwenden, wenn die gelieferte Ware nicht offensichtlich von der Bestellung abweicht. Diese Bestimmung ist aber nach dem Reichsgericht [10]) eng auszulegen. Will der Empfänger diese Sendung nicht genehmigen, so muß er von seiner Rügepflicht Gebrauch machen. Unterläßt er dies, so gilt seine Genehmigung als erteilt — einer der wenigen Fälle, wo Schweigen Genehmigung bedeutet (§ 377 HGB).

Weicht die gelieferte Menge erheblich von der bestellten ab, so entfällt das Genehmigungsrecht des § 377 HGB, und die Mehrsendung stellt sich als eine Zusendung unbestellter Waren dar [11]), daher ist sie auch rechtlich als solche zu behandeln.

[10]) RG in JW 1920, S. 708, Nr. 8.
[11]) Staub, Komm. 4. Bd., § 378.

II. § 4. Die Zusendung als Vertragsantrag.

Es ist jetzt zu untersuchen, was die unbestellte Zusendung rechtlich bedeutet.

Maßgebend ist der erklärte Wille des Absenders, auf ihn ist bei der Beurteilung der rechtlichen Bedeutung der Zusendung vor allem Rücksicht zu nehmen. Er bestimmt den Charakter der Sendung. Dieser Wille ist aus den regelmäßig beiliegenden Begleitpapieren zu entnehmen, aus diesen wird sich meist der Zweck der Sendung ohne weiteres ergeben, in Zweifelsfällen sind die allgemeinen Auslegungsregeln des BGB (§ 133) anzuwenden.

Bei der weitaus größten Zahl aller Fälle ist der Wille des Absenders darauf gerichtet, mit dem Empfänger einen Kaufvertrag über die zugesandte Ware zu schließen. Es können aber auch andere Vertragsarten wie Verwahrungs-, Werk-, Miet- und Leihvertrag vom Absender gewollt sein [1]). Ist der Wille des Absenders auf den Abschluß eines derartigen Vertrages gerichtet, so ist in der Zusendung der Antrag zum Abschluß eines Vertrages zu erblicken, Vertragsgegenstand ist die zugesandte Ware. Dieser Antrag ist eine Willenserklärung im Sinne des Gesetzes. Eine Willenserklärung ist jede Äußerung des Willens [2]). Hierbei sind zu unterscheiden die empfangsbedürftigen oder festgerichteten, das sind die, die eine Mitteilung an einen anderen enthalten, um eine Rechtswirkung herbeizuführen, und die nicht empfangsbedürftigen, die auch, ohne daß sie einem bestimmten anderen mitgeteilt werden, Rechtswirkungen haben.

Hier handelt es sich um eine empfangsbedürftige Willenserklärung, die ohne Abgabe an den Adressaten keinerlei rechtliche Wirkungen hervorbringt, und zwar um eine Willenserklärung, die einem Abwesenden gegenüber abgegeben wird. Diese wird nach § 130 BGB erst dann wirksam, wenn sie dem anderen zugegangen ist. Das BGB steht auf dem Boden der Zugangstheorie, wie auch die h. M. im gemeinen Recht. Die Äußerungs-, Entäußerungs- und Vernehmungstheorie haben daher ihre Bedeutung verloren. Unter Zugehen

[1]) Lange, S. 12; Aßmann, S. 18 ff.
[2]) Leonhard, Bürgerliches Recht, S. 31; Lehmann, Allg. Teil, S. 126.

versteht man [3]) „die Ankunft der Erklärung beim Adressaten in der Weise, daß dieser von derselben Kenntnis erlangt oder in der Lage ist, von der Erklärung Kenntnis zu nehmen, daß er also die tatsächliche Verfügungsgewalt über das Schriftstück etc. erlangt". Auch wenn die Sendung, also die darin liegende Willenserklärung, in der Wohnung des Adressaten z. B. bei dem Dienstmädchen abgeliefert ist, gilt sie als zugegangen [4]).

Ist die Sendung nun dem Adressaten zugegangen, so ist der Absender an seinen in der Sendung gemachten Antrag gemäß § 145 BGB gebunden, soweit er seine Gebundenheit nicht ausgeschlossen hat, z. B. durch Klauseln wie „freibleibend", „ohne Obligo", „ohne Verbindlichkeit". Damit ein wirksamer Vertragsantrag vorliegt, muß der Antrag so klar und bestimmt sein, daß der Adressat ihn mit einer einfachen Antwort annehmen kann [5]). Ist der Antrag nicht bestimmt genug, so daß der Empfänger erst noch seinerseits Gegenvorschläge machen muß, um zu einem Vertragsabschluß zu kommen, so liegt ein wirksamer Vertragsantrag nicht vor, sondern nur eine Aufforderung an den Adressaten, von sich aus Anträge zu stellen. Regelmäßig sind in Begleitpapieren oder in vorhergegangenen Schreiben alle Bedingungen erläutert. Es ist hier im allgemeinen nur die genaue Preisbestimmung nötig, denn der Vertragsgegenstand ist bereits geliefert und daher eindeutig bestimmt. Aber auch andere Nebenabreden sind häufig und möglich, soweit sie klar zum Ausdruck kommen. Ein bestimmbarer Preis wie Markt- und Börsenpreis genügt bei den Waren, bei denen ein solcher Preis festgesetzt ist, falls der Antragsteller darauf Bezug nimmt. Hier soll bei Fehlen von Begleitpapieren unter Umständen auch eine Preisbestimmung des Absenders nach § 316 BGB vorgenommen werden können [6]). Dies ist aber m. E. nicht möglich, denn gerade bei der unbestellten Zusendung besteht kein Grund, durch großzügige Anwendung unserer Rechtssätze ihr zu einem Erfolge zu verhelfen. Hat der Absender in den Begleitpapieren den Kaufpreis nicht bestimmt, aber hinzugesetzt „Kaufpreis nach Vereinbarung", so ist auch dies noch kein wirksamer Antrag, da er nicht durch eine einfache Erklärung angenommen werden kann, um zum Abschluß eines Vertrages zu führen. Denn nach § 154 BGB ist der Vertrag im Zweifel noch nicht geschlossen, wenn über einen Punkt, über

[3]) RG 50/191, Warn. BGB. 1. Bd., § 130 II.
[4]) RG 91/60.
[5]) Staudinger, § 145, 2; Endemann, Bd. III, Teil 1, S. 244, Anm. 6.
[6]) Franke, S. 17.

den eine Vereinbarung getroffen werden sollte, eine Einigung der Parteien nicht erfolgt ist.

Anders liegt der Fall, wenn zwischen dem Absender und dem Adressaten Geschäftsbeziehungen bestehen und, dieser schon öfter Waren derselben Gattung an den Adressaten verkauft hat; steht dann in den Begleitpapieren „Preis wie üblich", so ist dies als eine klare Festsetzung des Preises aufzufassen, und der Antrag ist, wenn alle sonstigen Voraussetzungen vorliegen, wirksam. Ebenso ist der Antrag wirksam, wenn über die bestellte Menge der Waren hinaus Waren gleicher Art gesandt werden, denn hier ist der Preis der gleiche, wie der bei den bestellten Waren.

Die Zusendung unbestellter Ware ist ein Vertragsantrag eigener Art, denn gleichzeitig werden die Vertragsgegenstände mit dem Antrag an den Adressaten abgesandt. Wird der Antrag von dem Adressaten angenommen, so hat der Absender schon gleich mit dem Antrag die Erfüllungsleistung erbracht.

[7]) Steht man auf dem Boden der Theorie, die in der gültigen Erfüllung einen Vertrag sieht [8]) — d. h. der Schuldner bietet die geschuldete Leistung als Erfüllung an, und der Gläubiger nimmt sie als solche an; das Schuldverhältnis kommt durch die Einigung der Parteien, daß diese Leistung die Erfüllung sein solle, zum Erlöschen — so ist gleichzeitig bei der Zusendung unbestellter Ware ein Vertragsantrag und eine Erfüllungsofferte abgegeben. Eine andere Meinung [9]) sieht in der Erfüllung ein einseitiges Rechtsgeschäft, d. h. der Schuldner muß bei der Leistung eine Willenserklärung dahin abgeben, daß diese Leistung das Erlöschen des Schuldverhältnisses bewirken soll.

Diese Auffassung ist dahin abgewandelt worden [10]), daß zwar grundsätzlich ein Erfüllungswille des Schuldners vorliegen muß, aber bei rein tatsächlichen Leistungen und Unterlassungpflichten ein solcher Erfüllungswille nicht notwendig sei.

Die Vertragstheorie und die Theorie vom einseitigen Rechtsgeschäft sind aber nicht haltbar, da die Erfüllung eines Schuldverhältnisses, bei dem eine tatsächliche Handlung geschuldet wird, kein Rechtsgeschäft ist, sondern eben nur eine tatsächliche Handlung,

[7]) Zum folgenden: Leonhard, Allg. Schuldrecht, 1. Bd., S. 585.

[8]) So Savigny, Bd. 3, § 312; Windscheid, § 171, Anm. 3; v. Tuhr, Bd. II, Teil 2, S. 82 ff. (die sog. Vertragstheorie).

[9]) Manigk, Anwendungsgebiet, S. 40 ff., Willensgeschäft, S. 405; Rosenberg in Iher. Jahrb. 43, S. 211 ff.

[10]) Die h. M.: Vgl. Staudinger, Vorbem. § 362; Oertmann, § 362, 4; Crome, S. 239; Enneccerus, Bd. 2, § 60.

z. B. Umgraben eines Gartens. Diese Leistung kann auch von einem Geschäftsunfähigen erbracht werden. Man hat hier zwar gemeint, daß dies nur eine Zweckerreichung sei, und diese Fälle als Erfüllung ausgeschlossen. Auch die zuletzt erwähnte Abwandlung der Theorie vom einseitigen Rechtsgeschäft hat sich damit begnügt, diese Fälle als Ausnahme hinzustellen.

Diese Ausnahmen, die nur gemacht sind, um den einmal aufgestellten Rechtssatz halten zu können, vermeidet die Theorie der objektiven Tatbestandswirkung [11]). Hiernach hängt die Erfüllung nicht von dem Willen irgend jemandes ab, sondern von dem objektiven Tatbestand der erbrachten Leistung. Ist die geschuldete Leistung erbracht, so ist damit erfüllt, gleichgültig, ob der Schuldner einen Erfüllungswillen hatte oder nicht. Hierfür spricht auch der Wortlaut des § 362 BGB: „wenn die Leistung bewirkt wird". Besteht die Erfüllung in einem Vertragsabschluß, so gehört natürlich zur Erfüllung ein Vertragsabschluß. Dieser hat mit einem Erfüllungswillen nichts zu tun, sondern ergibt sich eben daraus, daß hier der Vertragsabschluß geschuldet wird. Dabei ist aber nicht notwendig, daß außerdem noch ein Vertrag abgeschlossen wird, und nicht richtig, daß jener Vertragsabschluß die Erfüllung des Schuldverhältnisses sein soll.

Für die Zusendung unbestellter Waren bedeutet dies also, daß ein Erfüllungsantrag in ihr nicht vorhanden, die Erfüllungsleistung für den Fall der Annahme aber gleich erbracht ist.

Neben dem Antrag auf Abschluß eines Kaufvertrages enthält die unbestellte Zusendung auch noch den Antrag auf Abschluß des dinglichen Übereignungsvertrages für den Fall der Annahme des ersten Antrages, also ein aufschiebend bedingter Übereignungsantrag, der von der Annahme des ersten abhängig ist und nicht selbständig angenommen werden kann.

Beer [12]) behauptet, daß außer dem Verkaufsantrag in der Zusendung unbestellter Waren auch noch der Antrag liegt, die zugesandte Ware, falls sie nicht gekauft wird, zurückzusenden oder für den Absender aufzubewahren. Dagegen wendet Staudinger [13]) ein, daß der Wille des Absenders regelmäßig nicht auf Verwahrung, sondern auf Verkauf gerichtet sei; darüber würde auch die Aus-

[11]) Leonhard, Schuldrecht, Bd. I, S. 585, § 301; Planck, § 362, 2b; RG Komm. § 362.
[12]) in DJZ 1901, S. 431, ebenso Vleugels, S. 4.
[13]) I. Bd., § 146, 5.

legung nicht hinweghelfen, die mit der Ermittelung der geheimen Wünsche der Parteien nichts zu tun habe.

Diese Auffassung stützt sich auf die Motive [14]), nach denen ein Hinterlegungsvertrag nur dann vorliegt, wenn die Aufbewahrung ausschließlich oder hauptsächlich den Gegenstand des Vertrages bildet.

Diese Begründung ist aber nicht zutreffend. Denn bei Ablehnung des Kaufvertrages ist die Aufbewahrung ausschließlich Gegenstand des Vertrages. Der Absender will nicht einen Kaufvertrag und einen Verwahrungsvertrag, sondern entweder einen Kaufvertrag oder einen Aufbewahrungsvertrag schließen.

Trotzdem ist der Auffassung Beers nicht zuzustimmen, denn der Wille des Absenders geht doch wohl darauf, sofort einen Vertrag, der eine Besichtigung zum Ziele hat, mit dem Adressaten zu schließen, denn dann ist seine Ware nicht erst von der Ablehnung an, sondern schon von der Besichtigung der Sendung an in gewissem Umfang geschützt. Bei Beer setzt der Schutz aber erst nach der Ablehnung ein, da nach ihm der Antrag zum Verwahrungsvertrag erst im Falle der Ablehnung wirksam wird. Solange der Adressat sich über die Annahme noch nicht klar ist, wäre danach die Ware durch den Verwahrungsvertrag noch nicht geschützt, da dieser erst nach der Ablehnung zustande kommt.

Vielmehr ist in der Zusendung unbestellter Ware neben der Verkaufs- und Übereignungsofferte ein Antrag zum Abschluß eines Besichtigungsvertrages [15]) zu erblicken. Auch wenn in den Begleitpapieren etc. von einem Besichtigungsvertrag nicht gesprochen ist, ist ein dahingehender Wille des Absenders aus den ganzen Umständen zu entnehmen, da er seine Ware nicht schutzlos lassen will (§ 133 BGB). Der Vertragsantrag ist so auszulegen, wie Treu und Glauben dies mit Rücksicht auf die Verkehrssitte erfordern. Der § 157 BGB ist nicht nur auf bestehende Verträge anzuwenden, sondern als allgemeiner Grundsatz unserer Rechtsordnung auch auf die Vertragsanträge.

Liegt, wie oben dargelegt, ein wirksamer Antrag nicht vor, so stellt sich die unbestellte Zusendung als eine Einladung dar, Anträge zu stellen, genau so wie bei der Zusendung von Preislisten und Katalogen, mit dem Unterschied, daß hier der Gegenstand des abzuschließenden Vertrages gleich mitgesandt ist, in den anderen Fällen nur eine mehr oder minder eingehende Beschreibung des Vertragsgegenstandes.

[14]) II. Bd., S. 570.
[15]) Ähnlich Oertmann, § 151, 5; Aßmann, S. 124 ff.

III. Die Annahme dieses Antrages.

§ 5. Ausdrückliche Annahmeerklärung.

Ist die unbestellte Zusendung dem Adressaten zugegangen, so ist der Vertragsantrag wirksam geworden (§ 130 BGB), und der Absender an ihn gebunden. (§ 145 BGB). Der Adressat hat jetzt „die unentziehbare Befugnis bekommen, durch seine Erklärung den Vertrag, dessen Inhalt sich aus der Offerte ergibt, zum Abschluß zu bringen“ [1]). Ein Widerruf des Antrages ist nicht mehr möglich. Der Empfänger der Sendung hat jetzt die Wahl, den Antrag abzulehnen oder anzunehmen innerhalb der Frist, die entweder vom Absender gesetzt ist (§ 148 BGB), oder nach den Umständen als gestellt betrachtet werden darf (§ 147 Abs. 2 BGB). Nach Ablauf dieser Frist ist eine Annahme nicht mehr möglich. Eine darauf folgende Annahme würde einen neuen Antrag von seiten des Adressaten bedeuten (§ 150 BGB).

Will der Empfänger der Zusendung die Waren behalten und auf die vom Absender gestellten Bedingungen eingehen, so ist es am zweckmäßigsten, durch eine ausdrückliche Annahmeerklärung an den Absender den Antrag anzunehmen und dadurch den Vertrag zustande zu bringen. Durch eine solche Erklärung werden die Rechtsbeziehungen der beiden eindeutig und klar geregelt, die Unsicherheit des Absender über das Schicksal seiner Ware wird beendet und der Schwebezustand ist durch einen Vertrag abgelöst.

Die Annahmeerklärung und durch sie der ganze Vertrag wird in dem Zeitpunkt wirksam, in dem sie dem Absender zugeht, da auch sie eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung ist (§ 130 BGB). Allerdings muß sich die Annahmeerklärung an die Bedingungen des Antrags halten, und alle diese mitumfassen, da bei einer Abweichung keine Annahme, sondern ein neuer Antrag vorliegt (§ 150 Abs. 2 BGB).

Hat der Absender eine Frist gesetzt oder ist sie aus den Umständen zu entnehmen, so kann eine Annahme nur in dieser Zeit vorgenommen werden (§ 148, 147 II BGB). Ist eine Frist aber nicht

[1]) v. Tuhr, II, 1, S. 468.

bestimmt oder ist nicht anzunehmen, daß eine Frist gesetzt sein sollte, so ist der Antrag bis zur Ablehnung wirksam [2]), die Annahme ist an keine Frist gebunden. Der Absender kann dann, um Klarheit zu gewinnen, nachträglich eine Frist bestimmen. Wird der Antrag nach Ablauf der Frist angenommen, so liegt ein Antrag von seiten des Empfängers vor (§ 150 Abs. 1 BGB). Hat der Absender eine ausdrückliche Annahmeerklärung verlangt, so wird der Vertrag nur durch eine solche zustande gebracht.

Durch die Annahmeerklärung gegenüber dem Absender wird der Antrag angenommen, und da, wie oben dargelegt, zwei Anträge gestellt sind, so werden auch durch die Annahmeerklärung zwei Verträge geschlossen, einmal der Kausalvertrag, regelmäßig ein Kaufvertrag, und zweitens die Einigung über den Eigentumsübergang.

Hat der Empfänger den Vertrag so zustande gebracht, so ist er aus dem Kaufvertrag zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet, der Absender ist seinen Verpflichtungen schon nachgekommen, da er dem Empfänger (Käufer) die Sache übergeben und ihm das Eigentum an der Sache verschafft hat, es sei denn, daß die Übereignung durch einen Mangel des Verfügungsrechts verhindert worden ist.

§ 6. Schlüssige Annahmeerklärungen.

Ein Vertrag kommt regelmäßig nur durch eine empfangsbedürftige Annahmeerklärung zustande. Von diesem Grundsatz hat aber der Gesetzgeber in dem § 151 BGB eine Ausnahme geschaffen, indem er den Vertrag auch dann zustande kommen läßt, wenn eine solche empfangsbedürftige Annahmeerklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist, oder der Antragsteller auf sie verzichtet hat.

Diese Bestimmung ist für die unbestellte Zusendung sehr wichtig, denn in fast allen Fällen hat entweder der Absender auf eine empfangsbedürftige Annahmeerklärung verzichtet, oder sie ist nicht zu erwarten. Denn das Bestreben des Absender ist darauf gerichtet, dem Empfänger die Annahme so weit wie möglich zu erleichtern, um ihn zur Annahme des Vertragsantrages zu bewegen. Dieser Verzicht des Absenders ist nun kein Verzicht im gewöhnlichen Sinne, sondern nur eine Erklärung des Absenders, die Annahme von leich-

[2]) RGR Komm. § 151, 2.

teren als den normalen Bedingungen abhängig zu machen [3]). Auch in den Fällen, wo ein ausdrücklicher Verzicht nicht vorliegt, ist nach der Verkehrssitte, die sich gerade auf diesem Gebiete herausgebildet hat, eine empfangsbedürftige Annahmeerklärung des Empfängers für das Zustandekommen des Vertrages nicht notwendig.

Immer aber muß eine Annahmeerklärung des Empfängers vorliegen, um den Vertrag zum Abschluß zu bringen, nur braucht diese nicht dem Absender gegenüber abgegeben werden, sondern muß nur der Außenwelt zur Kenntnis gelangt sein [4]). Ein innerer Entschluß des Empfängers, der nicht in die Außenwelt dringt, ist daher nicht als solche Annahmeerklärung zu werten; er muß vielmehr durch irgendwelche Handlungen, die diesen Willen ausdrücken, in die Tat umgesetzt sein [5]). Vollendet und wirksam ist die Annahmehandlung, sobald der Wille erkennbar geäußert ist. Auf die Wahrnehmbarkeit für bestimmte Personen kommt es nicht an [6]).

Diese Annahmehandlungen, die auf einen Annahmewillen schließen lassen, werden auch Willensgeschäfte, -handlungen, -bestätigungen, stillschweigende Willenserklärungen oder konkludente, schlüssige Handlungen genannt.

Sind solche Annahmehandlungen nun als Willenserklärungen im Sinne des Gesetzes aufzufassen oder sind sie verschieden zu behandeln?

Hierüber herrscht in der Rechtslehre Meinungsverschiedenheit. Sie wird aber erst praktisch für die Fälle, in denen ein Willensmangel beim Erklärenden vorliegt; dort soll auch näher auf sie eingegangen werden. Jedenfalls finden nach den beiden streitenden Ansichten die meisten Vorschriften über Willenserklärungen entweder unmittelbar oder entsprechende Anwendung.

Erhält der Empfänger eine unbestellte Zusendung und erkennt sie auch als solche, so muß er sich darüber klar werden, ob er sie behalten will oder nicht, d. h. ob er den in der Zusendung liegenden Antrag annehmen will oder nicht.

Diesen Annahmewillen kann er nach § 151 durch Handlungen erklären, die auf einen Annahmewillen schließen lassen. Solche ganz unzweideutigen Handlungen sind z. B. Überweisen des geforderten Kaufpreises, mündliche oder schriftliche Bitte, den Betrag zu stun-

[3]) Enneccerus, I, § 153, Anm. 3.
[4]) RGR Komm. § 151, 1; RG 84/320, 90/434.
[5]) Leonhard, Lehrbuch in kurzen Sätzen, S. 41.
[6]) Lehmann, S. 201; v. Tuhr, II, 1, S. 456; Aßmann, S. 74 f.; Vleugels, S. 8.

den, oder um Ratenzahlung. Verfügt der Empfänger wie ein Eigentümer über die ihm unbestellt zugesandte Ware, die nach dem Antrag der Gegenstand des zu schließenden Vertrages sein soll, so ist hieraus der Wille des Empfängers zu entnehmen, daß er den Vertragsantrag angenommen hat. Solche Verfügungen sind vor allem Verbrauchen, Verkaufen und sonstige Verfügungen, zu denen nur der Eigentümer berechtigt wäre [7]).

Hier wird sich oft nicht klar bestimmen lassen, ob eine derartige Annahmeverfügung vorliegt. Wenn ein unaufgeschnittenes Buch zugesandt wird, und der Empfänger es ganz aufschneidet, so ist darin eine Annahmehandlung zu erblicken; schneidet er aber nur das Inhaltsverzeichnis und einige Stellen auf, so ist darin noch keine Annahmehandlung zu erblicken.

Auch das Einbinden von Büchern [8]), Versehen der Ware mit Firmenzeichen oder Namen des Empfängers sind als solche Annahmehandlungen zu werten.

Eine klare Grenzziehung für Handlungen, die entweder Annahmehandlungen sind oder nicht, ermöglicht die Begriffsbestimmung von Staub [9]):

„Eine Annahmehandlung liegt dann vor, wenn der Empfänger die zugesandte Ware in einer Weise angreift, die über eine berechtigte Prüfung der Ware hinausgeht." Dies ist eine Definition, die für alle Fälle zutrifft und den Bedürfnissen beider Parteien gerecht wird; die genaue Feststellung, ob dies noch eine berechtigte Prüfung ist oder nicht, bleibt dem Richter vorbehalten, der es nach der Lage des Falles zu beurteilen hat. Besteht die Ware aus verschiedenen Teilen und hat der Empfänger nur über einen Teil verfügt, so ist zu unterscheiden, ob der Antrag so gestellt ist, daß er auch teilweise angenommen werden kann. Ist dies der Fall, so liegt eine Annahme für den betreffenden Teil vor; ist der Antrag aber nur im ganzen annehmbar, so liegt in der Teilverfügung eine Annahme des ganzen Antrages [10]). Sind z. B. verschiedene Bücher zugesandt und verfügt der Empfänger nur über eins oder mehrere, so ist der Antrag nur für diese Bücher angenommen, der Vertrag kommt nur für diese zum Abschluß. Hat der Absender aber ein mehrbändiges Werk, z. B. die Geschichte des Weltkrieges in mehreren Bänden, geschickt,

---

[7]) Planck, § 151, 4a.
[8]) v. Tuhr, II, 1, S. 405; Manigk, § 67.
[9]) Staub, IV, § 377, Anm. 200.
[10]) Planck, § 151, 4a.

so ist in der Verfügung über einen dieser Bände die Annahme des gesamten Werkes zu erblicken.

Der Vertrag gilt bei diesen schlüssigen Handlungen in dem Zeitpunkt als geschlossen, in welchem die Handlung vorgenommen wird, nicht etwa erst dann, wenn der Absender von der Vornahme der Handlung erfährt [11]). Ort des Vertragsschlusses ist der Ort der Annahme des Antrages [12]).

Ist diese schlüssige Handlung eine Willenserklärung und sind die Vorschriften über die Willenserklärungen vor allem bei Willensmängeln auf sie anzuwenden? Von der einen Ansicht wird dies verneint, ihr Hauptvertreter ist Manigk [13]).

Dieser sagt: Das Gleichartige an Willenserklärung und Willensgeschäft ist der auf den Rechtserfolg des Verhaltens gerichtete Wille. Da diese Tatsache sich bei beiden wiederfindet, muß sie beide logisch zu einem Begriffsganzen zusammenschließen. Das Verschiedenartige liegt in folgendem: Das Willensgeschäft erfolgt ohne Erklärung, es wird ohne Kundgebungszweck vorgenommen und seine Wirksamkeit hängt von keinem Zugang ab. Es fehlt hier die Beziehung des Geschäfts zu einem Empfänger desselben: der Empfänger unbestellter Ware verfügt über dieselben. Die Rechtswirkungen dieser Handlung sind als solche rechtsgeschäftlicher Natur anzuerkennen; denn sie treten deswegen ein, weil sie der Handelnde erstreben und erreichen will, und würden ohne oder gegen diesen Willen nicht eintreten. Eine Kundgebung an andere liegt aber schon deswegen nicht vor, weil der Handelnde für den Zugang nicht zu sorgen hat. Er kann die Handlung sogar streng geheim halten, und doch entstehen die gewollten Rechte und Pflichten, der Abschluß des Kaufvertrages. Der Wille verrät sich in diesem Falle in seinem Verhalten. Die Bestätigung als solche wirkt nicht, sie ist nur ein indicium voluntatis. Es lag die Verführung nahe, die Äußerung dieser nuda voluntas als „Erklärung" des Willens anzusehen. Die h. M. ist dieser Verführung auch verfallen. Es wurde von der Äußerung auf den Willen zurückgeschlossen; es ist also begreiflich, wenn der Begriff der Willenserklärungen auf diese Handlungen ausgedehnt wurde. In beiden steckt auch der rechtsgeschäftliche Wille als wesentliches Merkmal. Der Wille, der bei der Auslegung der Willenserklärung (§ 133 BGB) ermittelt wird, ist aber ein anderer als der, der

[11]) RGR Komm. § 151, 1; RG 36/323.
[12]) RG 62/381.
[13]) Willenserklärung und Willensgeschäft, S. 415 ff.

bei den Willensgeschäften zu ermitteln ist. Die Willenserklärung soll kundtun. Das Recht verlangt zur Wirksamkeit die Äußerung des Erfolgswillens mit Kundgebungszweck und Zugang zum Adressaten. Der Beweisgegenstand bei der Willenserklärung ist die Tatsache und der Inhalt der Erklärung, bei den Willensgeschäften dagegen der Inhalt des Willens. Beim Willensgeschäft ist materiell der irgend einem Verhalten zugrunde liegende, damit aber durch dieses noch nicht „erklärte" Wille die wesentliche Tatsache und daher steht auch prozessual lediglich dessen Nachweis in Frage. Das äußere Verhalten ist insoweit indicium voluntatis, als es Anlaß zu Rückschlüssen bietet. Durch Aufschneiden eines unbestellt zugesandten Buches ist dieses noch nicht gekauft aus dem einfachen Grunde, weil andere Umstände, die neben diesem Indiz ebenso zu berücksichtigen sind, etwa klarlegen, daß der Empfänger dies Buch mit einem anderen verwechselt hat. Man hat Indiz und Erklärung des Willens verwechselt. Das Indiz ist ein im Streitfall in Betracht kommendes Beweismittel, die Erklärung ist Beweisgegenstand.

[14]) Die §§ 116 ff. sind auf die Willensgeschäfte nicht anwendbar, da ein Auseinanderfallen von Wille und Erklärung nicht möglich ist, weil eine Erklärung nicht erfolgt. Beruft sich der von der Wirkung Betroffene auf gewisse Indizien, so kann der Handelnde seinen wahren Willen unbeschränkt nachweisen. Die Divergenz, die auch hier auftreten kann, beruht auf einem Irrtum desjenigen, der von den Indizien auf den Willen zurückschließt, nicht auf einem solchen des Handelnden. Man glaube nicht, daß der das Willensgeschäft Vornehmende durch die hier vorgeschlagene Behandlung über Gebühr begünstigt würde. Die Steigerung der Freiheit beruht auf der fehlenden Verantwortlichkeit für einen Erklärungswert und dem Mangel jeglichen gegnerischen Vertrauens. Diese Freiheit hört dann auf, wenn das Willensgeschäft in den höheren Aggregatzustand einer Willenserklärung tritt, was bei allen möglich ist. Die Bestimmungen über die Geschäftsfähigkeit sind auf die Willensgeschäfte analog anzuwenden. Der § 130 BGB ist auch analog nicht auf die Willensgeschäfte anwendbar, da bei der Willenserklärung die Wirksamkeit erst mit dem Zugang eintritt, sie bis dahin also noch widerrufen werden kann, bei den Willensgeschäften hingegen die Wirksamkeit schon mit der Betätigung des Willens eintritt. Trotzdem ist im Rahmen des § 151 BGB ein Widerruf zu gestatten, da solange die Handlung tatsächlich aufhebbar ist, es auch rechtlich gestattet

[14]) Zum folgenden Manigk, S. 554 ff.

ist. Diese Freiheit leitet sich vom Willen des Antragstellers ab, der dem Empfänger freie Hand lassen will. Liegen schon Annahmehandlungen vor, so sind das ja nur Indizien, aber nicht Erklärungen der Annahme, sie erzeugen also kein Vertrauen auf der Gegenseite. Diese Annahmehandlungen sind solange zurückziehbar, solange nicht eine konkludente Erklärung der Annahme mit dem Zugang des Handlungseffekts beim Offerenten eingetreten ist. Ähnlich auch Jakobsohn [15]), der in der Annahmehandlung nur ein Indiz des Willens sieht. Raucht der Empfänger unbestellte Zigarren, sie mit eigenen verwechselnd, so ist dies keine Willenserklärung und daher auch nicht nach § 119 BGB anfechtbar. Der Antragsteller hat keinen Anlaß, auf das Verhalten des Empfängers zu vertrauen, auch nicht, wenn er durch Zufall von dieser Handlung erfahren hat. Im Streitfalle muß der Empfänger allerdings beweisen, daß er keinen Annahmewillen gehabt hat. Hat der Empfänger sich geirrt und bemerkt dies später, hat aber schon derartig in die Rechte des Absenders eingegriffen, daß dieser Eingriff nicht mehr zu beseitigen ist, so muß man von ihm verlangen, daß er dies dem Gegner mitteilt; tut er dies nicht, so muß man in dem Unterlassen der Mitteilung die nachträgliche Bestätigung, über fremde Sachen verfügen zu wollen, erblicken. Diese Unterlassung läßt dann auf einen Annahmewillen schließen. In diesem Fall kann der Absender seinen Schaden nicht als negatives Vertragsinteresse geltend machen, da ja eine Willenserklärung und auch ein durch den Willen des Empfängers geschlossener Vertrag nach § 151 BGB nicht vorliegen.

Vermittelnd v. Tuhr [16]): Die Rechtssätze über Willenserklärungen finden auch auf die Willensbetätigungen Anwendung, soweit sich aus der tatsächlichen Beschaffenheit des Willensaktes keine Abweichungen ergeben. Diese liegen dann vor, wenn aus dem Verhalten des seinen Willen Betätigenden ein falscher Schluß auf seinen Willen gezogen wird. Das Risiko trägt der, der von dem Indiz auf den Willen schließt. Liegt ein im allgemeinen sicheres Indiz vor, so hat der Handelnde zu beweisen, daß er den Willen nicht gehabt hat; eine Anfechtung ist nicht nötig, auch dann nicht, wenn der Handelnde sich bewußt war oder sein mußte, daß aus seinem Verhalten auf einen Geschäftswillen geschlossen werden konnte [17]). Im Gegensatz zu Manigk läßt v. Tuhr eine Anfechtung von Willensbetäti-

[15]) In Iherings Jahrb. 56, S. 408 f.; Wendt in Arch. f. ziv. Prax. 92, 239, 81.
[16]) v. Tuhr, II, 1, S. 406 ff.; so auch Lehmann, S. 133; Vleugels, S. 8.
[17]) v. Tuhr, II, 1, S. 408.

gungen nach § 119 zu, wenn ein rechtsgeschäftlicher Wille zugrunde liegt und wenn bei diesem ein erheblicher Irrtum mitwirkte. Sonst ist die Ansicht v. Tuhr's im Ergebnis der Auffassung Manigks ähnlich.

Die Gegenansicht behandelt Willensbetätigung (-geschäft) und Willenserklärung gleich. Das Gesetz nennt jede Äußerung des Willens eine Willenserklärung [18]), entsprechend dem Sprachgebrauch des gemeinen Rechts [19]), ebenso auch die Motive [20]) und Protokolle [21]). Im Gesetz ist eine unterschiedliche Behandlung nicht vorhanden. Es ist daher nicht gerechtfertigt, Willenserklärungen im engeren Sinne und Willensbetätigungen als gegensätzlich gegenüberzustellen und sie verschieden zu behandeln. Die Anwendung der §§ 119, 120, 123 BGB auf die Willensbetätigung ist unentbehrlich. Die Unterscheidung ist nur für das Verständnis wichtig, sonst aber nicht anzuerkennen [22]).

Eine Willenserklärung kann also nicht nur in Worten, sondern auch in Handlungen bestehen [23]). Dieses ergibt sich deutlich aus dem Gesetz selbst. In § 164 Abs. 1 Satz 2 BGB sagt der Gesetzgeber: „Es macht keinen Unterschied, ob die Erklärung ausdrücklich . . . erfolgt oder ob die Umstände ergeben . . .". Ähnlich auch noch §§ 151 Satz 2, 269 Abs. 1, 271 Abs. 1, 328 Abs. 2, 701 Abs. 2, 1357 Abs. 1 Satz 2, 2165 Abs. 2 [24]).

Wann das Gesetz eine ausdrückliche Erklärung verlangt, bestimmt es selbst, so in den §§ 244, 700 BGB; außer in diesen Fällen stehen den ausdrücklichen die stillschweigenden Willensäußerungen gleich [25]). Da das schlüssige Verhalten als Willensäußerung anzusehen ist, ist es auch nur genau so wie diese anfechtbar oder nichtig [26]).

Dieser Ansicht ist zuzustimmen. Gegen die andere Auffassung ist vor allem einzuwenden:

1. Der Vertrag kommt bei den Willensgeschäften nicht einfach

---

[18]) Enneccerus, I, § 136, II, A, 2, c; v. Tuhr, II, 1, S. 400; Leonhard, Lehrb. in kurzen Sätzen, S. 31.
[19]) Savigny, System, III, § 114.
[20]) I, S. 126.
[21]) I, S. 130.
[22]) Enneccerus, I, § 136, Anm. 7.
[23]) Danz, Auslegung, S. 53, 205; Leonhard, Lehrbuch in kurzen Sätzen, S. 31; RG 112/215.
[24]) Biermann, I, § 44, 3.
[25]) Leonhard, Lehrbuch in kurzen Sätzen, S. 31, B 1.
[26]) Biermann, I, § 44, 3;Danz, S. 53 f.; RGR Komm. § 157, Nr. 3; Düringer-Hachenburg, § 346, Anm. 9 a.

durch einen Willensentschluß zustande, ohne daß dieser erklärt zu werden braucht, ja sogar gegen jedermann geheim gehalten werden kann. Der Wille ist nur dann beachtlich, wenn er erklärt wird, sei es durch Handlungen oder Worte, und zwar so erklärt wird, daß die Außenwelt von ihm Kenntnis erlangen kann. Denn sonst wäre es jeder Zeit möglich zu behaupten, man hätte diesen oder jenen Willen gehabt, wie es einem unter den jeweiligen Umständen gerade am besten gefällt.

2. Liegt eine Handlung vor, die auf einen Annahmewillen schließen läßt, und hat der Handelnde dabei einen Annahmewillen nicht gehabt, so ist eine endgültige und wirksame Willenserklärung nur dann gegeben, wenn dem Handelnden bei der Vornahme der Handlung der Mitteilungswille (Erklärungsbewußtsein) gefehlt hat, nicht aber wenn ihm der Geschäftswille gefehlt hat.

Wenn z. B. jemand ein ihm unbestellt zugesandtes Buch ganz aufgeschnitten hat, um darin zu lesen, und es nicht behalten will, so wird er doch die Vorstellung gehabt haben, daß dieses Verhalten als Annahme gedeutet werden könnte; er kann lediglich durch Anfechtung davon loskommen, nicht aber ist dies, wie die andere Ansicht sagt, wegen mangelnden Geschäftswillens nichtig. Es ist nicht lediglich die „nuda voluntas" maßgebend, sondern das Verhalten, das nach der allgemeinen Anschauung und der Verkehrssitte einen dahinterstehenden Willen vermuten läßt.

„Denn der Willkür und der Arglist würden Tür und Tor geöffnet, wenn es dem Handelnden gestattet wäre, hinterher seine Handlungen so auszulegen, wie es ihm dann gerade paßt, jeder würde den guten Tropfen für sich aussuchen, den bösen aber zurückweisen" [27]). Es würde dies eine untragbare Belastung der Verkehrssicherheit und des Verlasses auf Treu und Glauben zu Gunsten des Einzelindividuums bedeuten.

3. Es ist auch falsch, daß bei einer Divergenz der Irrtum nur auf Seiten des Außenstehenden liegt, der falsche Schlüsse aus dem Verhalten zieht. Denn meist liegt der Irrtum beim Handelnden, der glaubt, seine Handlung sei keine Annahmehandlung, sondern eine ganz unverbindliche, die zu keinen Rückschlüssen berechtige, und erst auf diesem Irrtum beruht oft der des Außenstehenden. Eine derart einseitige Bevorzugung des Handelnden auf Rechnung seiner Mitmenschen ist daher nicht berechtigt und abzulehnen.

---

[27]) Aßmann, S. 64.

4. Es ist richtig, daß das Verhalten ein Indiz für den wahren Willen ist, ebenso wie es bei der Willenserklärung ja auch ein Indiz für den wahren Willen ist. Aber bei beiden ist der Beweisgegenstand die Erklärung, die bei dem einen durch Handlungen, bei dem anderen durch Worte erfolgt, und nicht der innere Wille, der nur zur Anfechtung führen kann.

5. Es ist nicht richtig, daß die Vertrauensgrundlage für den Absender fehlt, wenn der Empfänger die unbestellten Waren in einer Weise angreift, die auf eine Annahme schließen läßt, während ihm der Geschäftswille fehlt. Hat der Empfänger mit Betätigungsbewußtsein gehandelt, z. B. hat er unbestellt zugesandte Bücher aufgeschnitten, um darin zu lesen, und fehlte ihm dabei nur der Geschäftswille, so ist diese Willensbetätigung nicht einfach nichtig, sondern muß angefochten werden, wenn sie aus der Welt geschafft werden soll. Liegt einmal eine solche eindeutige Betätigung mit Betätigungsbewußtsein vor, die nach Treu und Glauben auf einen Geschäftswillen schließen läßt, so wird dadurch eine Vertrauensgrundlage von dem Augenblick an geschaffen, in dem sie dem anderen Teil, wenn auch zufällig, zur Kenntnis kommt [28]). Denn auf Grund dieser Tatsache wird der Vertragsgegner, der von der Annahmehandlung erfahren hat, mit dem Abschluß des Vertrages rechnen und auch auf eine weitere Beobachtung seiner Ware verzichten, da er sie angenommen glaubt. Es ist nur recht und billig, hier eine Vertrauensgrundlage zu schaffen, da auch der andere Teil geschützt werden muß. Hat also der Empfänger eine solche schlüssige Annahmehandlung mit Betätigungsbewußtsein vorgenommen, so kann er von dem dadurch geschlossenen Vertrage nur durch Anfechtung und Ersatz des Vertrauensschadens loskommen, und nicht ist diese Willensbetätigung einfach nichtig. Man denke z. B., daß der Empfänger der Bücher nur über ihren Preis geirrt hat. Es wäre doch sicher höchst unbillig, wenn das Aufschneiden ihn dann nicht verpflichten sollte.

Im Grunde kommt dieser Streit Willenserklärung — Willensgeschäft auf das vielerörterte Problem hinaus, ob der Wille oder die Erklärung das wesentliche Merkmal für die wirksame Willenserklärung ist.

Es kann aber nicht im Rahmen dieser Arbeit liegen, näher auf die Willens- und Erklärungstheorie einzugehen. Am zweckmäßigsten erscheint wohl eine gemäßigte Erklärungstheorie [29]). Sie wird beiden

---

[28]) Enneccerus, I, § 136, Anm. 7.
[29]) Leonhard, Lehrbuch in kurzen Sätzen, S. 34, 3 B.

Teilen am gerechtesten. Die Willenstheorie bevorzugt einseitig den Erklärenden, indem sie eine wirksame Willenserklärung nur dann annimmt, wenn der Erklärende den Willen gehabt hat, mit dieser Willenserklärung ein Geschäft abzuschließen, d. h. der Erklärende muß auch den Geschäftswillen gehabt haben, widrigenfalls die Erklärung nichtig ist. Die radikale Erklärungstheorie hingegen läßt eine Erklärung schon dann wirksam sein, wenn überhaupt eine Äußerung vorliegt. Sie verlangt weder einen Geschäftswillen noch ein Erklärungsbewußtsein, sie fordert also nur einen Handlungswillen. Fehlt auch dieser, so ist nur dann keine wirksame Erklärung abgegeben. Sie stellt es also rein auf die gefallene Äußerung ab und schützt so den, der von der Erklärung vernommen hat. Diese Theorie legt das Hauptgewicht auf die Verkehrssicherheit, wird aber den Interessen des Erklärenden zu wenig gerecht, da dieser auf jeder Äußerung festgenagelt wird.

Demnach gehört zu einer wirksamen Willenserklärung ein Handlungswille, d. h. der Erklärende muß sich bewußt sein, daß er überhaupt etwas tut, und ein Mitteilungswille (Erklärungsbewußtsein, Äußerungsbewußtsein), d. h. der Erklärende muß sich darüber klar sein, daß er durch diese seine Äußerung eine ihr entsprechende Vorstellung bei dem Erklärungsgegner oder jedem anderen Dritten erreicht [30]). Nicht notwendig ist aber der von der Willenstheorie verlangte Geschäftswille, da dies eine zu starke Belastung der Verkehrssicherheit bedeuten würde.

Bei fehlendem Geschäftswillen ist die Willenserklärung also gültig, der Vertrag kommt, wenn die Willenserklärung wie in unserem Fall eine Annahmeerklärung ist, zustande, sobald der Handlungs- und Mitteilungswille vorhanden sind, fehlt einer der beiden letzteren, so ist die Willenserklärung nichtig. Der Empfänger raucht z. B. unbestellte Zigarren, die er mit eigenen verwechselt hat. Der Kaufvertrag kommt nicht zustande; die Handlung hat nicht die Bedeutung einer Annahmeerklärung, da dem Empfänger der Mitteilungswille, nicht etwa nur der Geschäftswille, fehlte. Raucht der Empfänger die unbestellten Zigarren in dem Bewußtsein, daß es unbestellte sind und, daß er sie nicht kaufen will, so kommt der Kaufvertrag doch zustande trotz des fehlenden Geschäftwillens. Er kann hier nur anfechten, wenn die Voraussetzungen der §§ 119 oder 123 BGB vorliegen. In beiden Beispielen erscheint das Aufrauchen

---

[30]) Leonhard, Lehrbuch in kurzen Sätzen, S. 33, C 2.

der unbestellten Zigarren als eine Annahmehandlung. Diesen Anschein muß der Empfänger, wenn er, wie im ersten Falle, die Zigarren mit eigenen verwechselnd geraucht hat, entkräften. „Ist die Handlung nach den allgemeinen Lebenserfahrungen ein sicheres Indiz des Willens, so muß der Handelnde den Richter überzeugen, daß es in diesem Fall nicht so war. Gelingt dieser Beweis, so ist der Schein beseitigt, einer besonderen Anfechtung bedarf es nicht“ [31]).

Aber auch bei Gelingen dieses Beweises, ist der Absender genügend geschützt, denn der Empfänger ist zur Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung verpflichtet [32]).

Eine ganz andere Lösung als die vorgenannten beiden Theorien versucht Henle [33]). Er gibt dasselbe Beispiel, nämlich der Empfänder raucht unbestellte Zigarren in Verwechslung mit eigenen. Es fehlt hier das Erklärungsbewußtsein, der Mitteilungswille. Henle nimmt eine Willenserklärung an, steht also auf dem Boden der Erklärungstheorie, er will aber nicht § 119, sondern § 118 anwenden und zwar mit folgender Begründung: Der Erklärende weiß nicht, daß er eine juristische Willenserklärung abgibt. § 118 ist nicht nur unmittelbar anwendbar, da nicht über die Ernstlichkeit, sondern über den Sinn überhaupt geirrt wird, ebenso nicht § 119, da nicht über den Inhalt geirrt wird. Aber § 118 sei sinngemäß anzuwenden, da hier auch über den Sinn, wenn auch nur der Ernstlichkeit geirrt wird. Die Fälle des völligen Fehlens des Sinnbewußtseins schlössen sich mit denen des Fehlens des Ernstlichkeitsbewußtseins zu einer Gruppe zusammen. Es gibt also zwei Gruppen des Irrtums:

1. Es wird über das „daß“ geirrt (§ 118).
2. Es wird über das „was“ geirrt (§ 119).

In § 118 erkennt der Erklärende wenigstens den abstrakten Sinn der Erklärung, in diesem Falle noch nicht einmal diesen, wieviel mehr ist dann diese Erklärung nichtig. Rechtens ist also Nichtigkeit der Willenserklärung nach sinngemäßer Anwendung des § 118 BGB mit Schadensersatzpflicht aus § 122 BGB.

Dagegen führt Planck [34]) richtig aus: Bei § 118 weiß der Erklärende, daß sein Handeln den Sinn einer juristischen Willenserklärung hat, hier aber nicht, es liegt daher eine Willenserklärung

---

[31]) v. Tuhr, II, 1, S. 406 f., ebenso Wendt in Arch. f. ziv. Praxis, 92/248; Enneccerus, I, § 136; Oertmann, I, § 151, 3 b.

[32]) v. Tuhr, II, 1, S. 408; Oertmann, I, § 151, 3 b.

[33]) Henle, Vorstellungs- und Willenstheorie, S. 496 ff.

[34]) Planck, § 118, 4 b.

gar nicht vor, der § 122 kann nicht angewandt werden, da jede Grundlage dafür fehlt.

Aber auch die radikale Erklärungstheorie wird die Anwendung des § 118 nicht billigen können, da das Einbeziehen dieses Falles unter § 118 zu konstruiert erscheint. Steht man auf dem Boden der radikalen Erklärungstheorie und nimmt hier überhaupt eine Willenserklärung an, so fällt dies vielmehr unter § 119. Denn § 119 verlangt garnicht, daß der Mann gewußt hat, daß er eine juristische Willenserklärung abgibt, sondern nur, daß er über ihren Inhalt im Irrtum war; und er war auch über den Inhalt im Irrtum, denn, daß er handelte, wußte er, und das genügt der radikalen Erklärungstheorie für eine gültige Willenserklärung, aber daß dieses Handeln einen derartigen Erfolg haben würde, das wußte er nicht, und das ist ein Irrtum über die Tragweite, also letzthin über den Inhalt. Der § 118 ist also selbst dann nicht anwendbar, wenn man auf dem Boden der radikalen Erklärungstheorie steht, diese wendet auch folgerichtig § 119 an und gibt dem anderen den negativen Schadensersatzanspruch aus § 122.

Im Anschluß hieran ist die Frage zu untersuchen, ob der Empfänger seine Annahmehandlung, die er mit Annahmewillen vorgenommen hat, noch rückgängig machen kann. Dies ist zu verneinen; denn der Vertrag ist mit der Vornahme der Handlung zustande gekommen, wenn der Handelnde den Handlungs- und Erklärungswillen hatte; nach der radikalen Erklärungstheorie genügt der Handlungswille, nach der Willenstheorie muß noch der Geschäftswille hinzukommen. Zu einem ganz eigenartigen Ergebnis kommt hier Manigk [35]), der die Handlung für so lange aufhebbar erklärt, wie dies tatsächlich möglich ist. Da die Annahmehandlungen ja Indizien seien, so erzeugten sie auch keine Vertrauensgrundlage. Die Annahmehandlungen seien solange zurückziehbar, solange nicht eine schlüssige Erklärung der Annahme mit dem Zugang des Handlungseffekts beim Antragenden eingetreten ist. Diese Ansicht ist eine derartig einseitige Bevorzugung des Handelnden, daß sie für unser Rechtsleben im Interesse der Sicherheit des Verkehrs nicht annehmbar erscheint. Nach Manigk kommt ein Vertrag durch schlüssige Handlungen nie zustande, solange es dem Handelnden nicht gefällt. Dieser kann machen, was er will, ohne je an einen Vertrag gebunden zu sein; er kann verfügen wie ein Eigentümer; behauptet er, dies sei keine Annahmeerklärung, da er eine Annahme nicht

[35]) Manigk, S. 554 ff.

gewollt habe, so ist gar nichts geschehen; verfügt er und nimmt die Verfügung zurück, so ist die Lage die gleiche.

Planck [36]) dagegen tritt grundsätzlich für die Unwiderruflichkeit von Annahmehandlungen ein, die Wiedererlangung der unbeschädigten Ware kann nichts daran ändern. Anders liegt der Fall, wenn der Empfänger ein unbestellt zugesandtes Buch einem Freund schenken will, dieser die Schenkung ablehnt und das Buch zurücksendet; hier macht Planck eine Ausnahme und erklärt: hier sei zwar ein Annahmewille getätigt, aber die Vollendung der Verfügung sei vereitelt, da die Schenkung nicht zustande gekommen sei. In dem vereitelten Versuch, über das Buch zu verfügen, könne keine genügende Betätigung des Annahmewillens erblickt werden.

Auch diese Annahme erscheint konstruiert; denn ist einmal der Annahmewillen derart betätigt, so ist der Vertrag zustande gekommen. Es geht nicht an, dem Absender die Folge des Verweigerns des Geschenkes durch den Freund aufzuladen. Der Kaufvertrag ist durch die Erklärung des Empfängers zustande gekommen; das Geschenkangebot des Empfängers an seinen Freund heißt nach Treu und Glauben und auch nach dem Willen des Empfängers nichts anderes als: ich will dein Buch kaufen und will es dann meinem Freund schenken. Das ist eine klare Annahme, und damit ist der Vertrag zustande gekommen, er ist nicht einmal anfechtbar nach § 119 BGB, da in diesem Fall nur ein Motivirrtum in Frage kommt, der unbeachtlich ist. Daß der Empfänger das Buch nur haben wollte, um es seinem Freund zu schenken, ist unerheblich. Daß der Freund es nicht haben wollte, ist sein persönliches Mißgeschick. Angenommen ich kaufe ein Buch im Laden, das ich einem Freunde schenken will und dieser will es nicht haben, ich komme dann in den Laden zurück und erkläre dem Verkäufer: „Hier haben Sie das Buch zurück, mein Freund will es nicht haben". Hier wird wohl jeder einsehen, daß dies nicht angängig ist. Beide Fälle liegen aber völlig gleich.

Ist eine schlüssige Annahmehandlung vorgenommen, so ist sie unwiderruflich [37]), der Vertrag ist zustande gekommen, es sei denn, daß der Absender ein Widerrufsrecht ausdrücklich zugestanden hat.

Das Ergebnis ist also: Verfügt der Empfänger wie ein Eigentümer über die unbestellte Ware, so nimmt er damit den Über-

---

[36]) Planck, § 146, 3.
[37]) Cosack, Lehrb. I. Bd., S. 194, 8 b.

eignungsantrag und gleichzeitig, da diese Bedingung vom Absender gesetzt ist, den Kaufvertragsantrag an [38]).

Die Verfügung muß über eine Prüfung der Ware hinausgehen; es ist dem Empfänger also gestattet, die Ware vom Boten abzunehmen, sie auszupacken [39]) und zu prüfen — bei verbrauchbaren Sachen kann diese Prüfung in einer Kostprobe bestehen, — ohne daß in einer solchen Handlung eine Annahmehandlung zu erblicken ist.

Ist der Kaufvertrag zustande gekommen [40]), so regelt sich das Verhältnis der Parteien nach den allgemeinen Regeln über den Kauf. In einigen Punkten, besonders bei der Mängelhaftung, ergeben sich aus der Natur der unbestellten Zusendung Besonderheiten. Der Käufer hat die Möglichkeit, irgendwelche Mängel vorzeitig feststellen zu können, da er die Sachen schon vor Abschluß des Vertrages eingehend besichtigen kann. Beim Handelskauf kann der Käufer sich nicht mehr auf seine Mängelansprüche bei offen zu Tage liegenden Fehlern berufen, da man von einem ordentlichen Kaufmann erwarten kann, daß er die Sachen, die schon in seinem Besitz sind, vor Vertragsabschluß untersucht hat. Alle anderen Bestimmungen, besonders die über Heimlichkeit der Fehler §§ 460 BGB, 377 HGB, arglistigem Verschweigen §§ 460 BGB, 377 Abs. 5 HGB, Fehlen von zugesicherten Eigenschaften § 460 BGB, sind voll anzuwenden.

Auch die Verjährungsfrist beginnt nicht schon mit der Zusendung zu laufen, da der Empfänger erst mit Abschluß des Vertrages Käufer geworden ist. Auch die Gefahr geht aus demselben Grunde erst in diesem Zeitpunkt über. Dies ist auch für den Absender nicht unbillig, da er die Ware aufdrängt und so auch die Gefahr für einen zufälligen Untergang tragen muß [41]).

§ 7. Die Bedeutung des Schweigens.

Nimmt der Empfänger der unbestellten Zusendung den in ihr liegenden Vertragsantrag weder durch eine ausdrückliche Erklärung noch durch eine schriftliche Annahmehandlung an und gibt auch

[38]) Planck, § 151, 4 a.

[39]) Goldschmidt, Ztschr. f. d. ges. Handelsrecht, Bd. 17, S. 244; Busch, Arch. f. Theorie u. Praxis d. ges. Handels- u. Wechselr., Bd. 30, S. 157.

[40]) Das folgende gilt auch für den durch ausdrückliche Annahme zustande gebrachten Kaufvertrag.

[41]) Ulitzka, S. 16; Vleugels, S. 12; Aßmann, S. 81 ff.

nicht zu erkennen, daß er den Vertragsantrag ablehnt, so ist zu prüfen, ob ein Vertrag trotzdem zustande kommen kann.

Im römischen Recht galt Schweigen nur in Ausnahmefällen als Zustimmung. Im kanonischen Recht allerdings galt grundsätzlich der Satz: Qui tacet, consentire videtur. Das Schweigen wurde also als Zustimmung ausgelegt. Das heutige Recht behandelt in Anlehnung an das römische Recht das Schweigen grundsätzlich weder als Annahme noch als Ablehnung, es bedeutet gar nichts[42]). Lehmann[43]) sagt allerdings, daß Schweigen grundsätzlich als Ablehnung, als „nein" gelte. Diese Auffassung ist aber abzulehnen. Denn auch eine Ablehnung ist eine Willenserklärung. Aus einem gänzlich untätigen Verhalten kann man die Äußerung eines Willens nur dann schließen, wenn entweder das Gesetz ausdrücklich diese Folgen an das Schweigen knüpft oder nach Treu und Glauben eine solche Pflicht zum Handeln besteht. Nur in diesen Fällen hat das Unterlassen einer Handlung, also das Schweigen, eine rechtliche Bedeutung.

Das Gesetz hat ausdrücklich einige Fälle geregelt, in denen Stillschweigen eine Annahme bedeutet, z. B. §§ 149, 416, 496, 516 BGB, 362, 377 HGB; in § 663 BGB ist der Schweigende schadenersatzpflichtig, in anderen Bestimmungen, wie §§ 108, 177, 415 BGB gilt Schweigen als Ablehnung. Hieraus geht klar hervor, daß das Schweigen sonst grundsätzlich rechtlich bedeutungslos ist, die Auffassung von Lehmann ist also durch das Gesetz selbst widerlegt.

Schweigt der Empfänger unbestellter Waren auf die Zusendung, so kann der Absender daraus grundsätzlich weder auf eine Ablehnung, noch auf eine Annahme schließen. Verweigert der Empfänger die Annahme der Sendung, so ist darin eine Ablehnung zu erblicken.

Wann ist nun nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte das Schweigen von rechtlicher Bedeutung? Das Schweigen ist dann von rechtlicher Bedeutung, „wenn ein vernünftig denkender Mensch eine ablehnende Erklärung erwarten konnte, und ein passives Verhalten gegen Treu und Glauben verstoßen würde" [44]). Wann dies der Fall ist, kann nur im Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände entschieden werden.

Es besteht aber weder eine Verkehrssitte noch ein Handelsbrauch, daß im gewöhnlichen Fall der Empfänger unbestellter Ware

---

[42]) Leonhard, Lehrb. in kurzen Sätzen, S. 31, B. 1 C; Aßmann, S. 133; Lange, S. 59; Endemann, Lehrb. I, § 64, Anm. 21.
[43]) Lehmann, Allg. Teil, S. 183.
[44]) Ulitzka, S. 22.

zu einer Ablehnung verpflichtet wäre. Das Schweigen des Empfängers kann nicht als Annahme ausgelegt werden [45]).

Kommen allerdings besondere Umstände hinzu, so kann es sein, daß das Unterlassen der Antwort eine Verletzung des den Verkehr beherrschenden Grundsatzes der Redlichkeit und eine Nichtachtung von Treu und Glauben enthält, dann ist das Schweigen Zustimmung [46]). Für sich allein ist das Schweigen aber nie Zustimmung [47]).

Eine Verkehrssitte, nach der Schweigen gleich Annahme ist, besteht nicht, wenn nach der Lage des Falls eine Erklärung nicht zu erwarten war [48]), wohl aber im entgegengesetzten Falle [49]).

Gareis [50]) wendet den § 346 HGB auch auf die Zusendung unbestellter Waren an. Er behauptet, daß ein Handelsbrauch unter Kaufleuten bestehe, sich auf unbestellte Zusendungen zu äußern, wenn sie nicht als angenommen gelten sollen. Diese Auffassung ist abzulehnen [51]). Ein derartiger Handelsbrauch besteht nicht, ginge auch zu weit, da kein Grund vorliegt, den unbestellten Zusendungen, die zu 90% aller Fälle eine Belästigung sind, irgendwie Vorschub zu leisten. Auch wenn Geschäftsverbindungen zwischen Kaufleuten bestehen, kann nicht allgemein gefordert werden [52]), daß diese verpflichtet seien, ihre Ablehnung anzuzeigen, wenn ihr Schweigen nicht als Annahme angesehen werden solle. Wohl aber ist dann eine Antwortpflicht begründet, wenn sich zwischen zwei Parteien — und diese müssen dann nicht einmal Kaufleute sein — die Gewohnheit herausgebildet hat, unbestellte Waren zu senden und jedesmal auf eine derartige Sendung eine Antwort erfolgt, wenn abgelehnt wird. Hier kann im Schweigen eine Genehmigung erblickt werden [53]), aber auch dann schon nicht mehr, wenn bei der Zusendung neue Bedingungen gestellt werden [54]). Ist eine unbestellte Zusendung irrtümlich erfolgt und dieser Irrtum durch den Empfänger ver-

[45]) Warn. Komm. § 146, IV.

[46]) Staub, § 377, Anm. 202; Planck, § 146, 3; Warn. Komm. § 151, II; OHG Wien in Seuff. Arch. 56/170; RG in Sächs. A. 1900, 770; RG in Warn. 07, 546; RG 48/175, 54/176, 54/213, 58/69, 97/191; Düringer-Hachenburg, V, S. 40.

[47]) ROHG 16/132, 3/47, 13/95 ff.

[48]) RG 84/323; JW 03, S. 102, 18.

[49]) RG 54/181, 58/69; Warn. 1911, Nr. 112 u. 422; Gruch. 59/351; RGR Komm. § 151, 1.

[50]) Gareis, S. 174.

[51]) ROHG 16/132; Düringer-Hachenb. § 377, Anm. 2; Aßmann, S. 150.

[52]) Gareis, S. 177.

[53]) Biermann, I, § 44, 3; Joseph, DJZ 1901, S. 384; Ulitzka, S. 23; Vleugels, S. 9; Aßmann, S. 54; RGR Komm. § 151, 1.

[54]) RG 48/175.

anlaßt, so hat sich dieser im Falle der Ablehnung zu äußern. Bei Kaufleuten, die in ständiger Geschäftsverbindung stehen, kann man wohl eine Äußerung erwarten, wenn neben bestellten Waren irrtümlich andere mitgesandt werden oder über die bestellte Menge hinaus Waren gleicher Art gesandt werden, und diese Abweichung über eine der Genehmigungspflicht des § 378 HGB unterliegende hinausgeht [55]). Dies ist aber von den Privatleuten schon nicht mehr zu erwarten, denn für seinen Irrtum hat jeder selbst aufzukommen.

Auch dann ist Schweigen Zustimmung, wenn die Parteien vorher vertraglich vereinbart haben, daß das Schweigen diese Bedeutung haben solle. Völlig wirkungslos dagegen sind einseitige Ansagen des Absenders, daß er, wenn nicht innerhalb einer bestimmten Frist Antwort erfolgt, die Ware als angenommen betrachte.

Einen großen Einfluß auf das Schweigen als Zustimmung hat eine bestehende Geschäftsverbindung, da hier ein engeres Vertrauen begründet ist.

Regelmäßig ist Schweigen als Zustimmung anzusehen, wenn die unbestellte Ware unentgeltlich überlassen werden soll und die Sendung für den Empfänger einen Vorteil bedeutet. In diesen Fällen gilt die Zustimmung als selbstverständlich. Der Reichsgerichtsräte-Kommentar [56]) fordert nur eine unentgeltliche Überlassung. Dies genügt m. E. nicht, es muß hinzukommen, daß ein Vorteil für den Empfänger in dem Erlangen der unbestellten Ware liegt. Denn wenn mir jemand 20 Konzertkarten schickt, um sie an Musikfreunde zu verteilen, so ist das für mich eine recht erhebliche Belastung. Daher wird außer der unentgeltlichen Überlassung ein Vorteil für den Empfänger zu fordern sein, um die Annahme zu rechtfertigen, daß der Empfänger damit einverstanden sei.

Für Kaufleute sind die Fälle, in denen Schweigen Zustimmung bedeutet, häufiger, da die Verkehrssitte viel strengere Anforderungen an den Kaufmann als an den Privatmann stellt (§ 346 HGB).

Das Stillschweigen, das zur Genehmigung führt, muß schlüssig sein, d. h. „es müssen also besondere Umstände vorliegen, die jemanden zum Reden Veranlassung geben, und diese Umstände müssen derart liegen, daß nach der Verkehrssitte oder Vereinbarung anzunehmen ist, der Schweigende würde sich positiv geäußert haben, wenn er den fraglichen Geschäftswillen nicht gehabt hätte". „Was den inneren Tatbestand angeht, so ist jedenfalls ein Handlungswille

[55]) Düringer-Hachenb. V, S. 14; OHG Wien in Seuff. Arch. 58, 137; RG in LZ 19, 966, 5.

[56]) RGR Komm. § 151, 1; RG 90/430; JW 07, 329, 11, 85, 5.

notwendig, d. h. der Schweigende muß in der Lage gewesen sein, zu reden, und sein Schweigen muß die Äußerung eines bewußten Seelenzustandes gewesen sein“ [57]).

Ist das Schweigen schlüssig, so ist es eine Willenserklärung, der Wille des Schweigenden kann aus diesem Verhalten gefolgert werden. Es sind dann alle Vorschriften über die Willenserklärungen anzuwenden, auch die der Anfechtung.

Die Bedeutung des Schweigens als Annahme fällt fort, wenn der Absender zu erkennen gegeben hat, daß er Schweigen nicht als Annahme betrachten würde, z. B. bei Sendungen zur Ansicht [58]).

Zusammenfassend ist zu sagen, daß das Schweigen allein grundsätzlich nichts bedeutet. Erst eine gesetzliche Bestimmung oder das Hinzutreten besonderer Umstände vermögen dem Schweigen eine rechtliche Bedeutung zu geben.

[57]) Lehmann, S. 183; Enneccerus, I, S. 383; v. Tuhr, II, 1, S. 418 ff.; Vleugels, Seite 8.

[58]) Staub, § 377, Anm. 201.

IV. Die Ablehnung des Antrages.

§ 8. Die Besitzverhältnisse.

Im Vorgehenden sind die Fälle behandelt worden, in denen der Absender den von ihm gewünschten Erfolg der Sendung erreicht hat; der Empfänger hat den Vertragsantrag angenommen.

Keine Schwierigkeit bietet sich, wenn der Empfänger die Sendung gar nicht erst in Empfang nimmt, wenn er gleich die Sendung ablehnt. Hier bringt der Empfänger sofort zum Ausdruck, daß er den Vertragsantrag ablehnt; die Ware geht an den Absender zurück oder kommt jedenfalls nicht in den Machtbereich des Adressaten. Eine Pflicht zur Abnahme von Sendungen besteht nicht [1]), so daß an die Ablehnung des Antrags für den Adressaten keinerlei Folgen geknüpft sind.

Eine Abnahmepflicht besteht nur in ganz bestimmt geregelten Fällen, z. B. § 433 BGB, hier muß aber ein bereits geschlossener Kaufvertrag vorliegen, weiter muß die Sache vertragsmäßig beschaffen und ordnungsmäßig angeboten sein. Auch in den Fällen des § 379 Abs. 1 HGB darf der Käufer — hier ist ebenfalls ein fest abgeschlossener Kaufvertrag Voraussetzung — die Empfangnahme der Ware nicht ohne weiteres ablehnen. Ebenso darf nach § 362 Abs. 2 HGB der Empfänger nicht sofort ablehnen, wenn daraus für den Absender ein Schaden entsteht, aber auch hier sind ganz bestimmte Voraussetzungen gefordert [2]). Ähnlich ist auch der Kontrahierungszwang bei der Eisenbahn (§ 453 HGB) und bei der Post. Aber dies sind alles Bestimmungen, die für unseren Fall — die unbestellte Zusendung als Antrag zum Kaufvertrag — nicht zutreffen, es bleibt also bei dem sofortigen Ablehnungsrecht des Adressaten.

Wie ist die Sachlage aber dann, wenn der Adressat sie vom überbringenden Boten in Empfang nimmt, oder sie sonst irgendwie in seinen

---

[1]) Aßmann, S. 94, 96, ebenso für die Post: Postordnung § 45, Abs. 1, Satz 2; Regelsberger, Erläuterungen, S. 60 ff.

[2]) Aßmann, S. 95 f.

Machtbereich kommt, er aber den in der Zusendung liegenden Vertragsantrag entweder noch nicht angenommen hat oder überhaupt nicht annehmen will?

Es handelt sich hier zunächst um die Frage, ob der Empfänger Besitzer geworden ist oder nicht. Dies ist von Bedeutung für die Pflichten, die der Empfänger gegenüber der unbestellten Ware hat.

Bei Beurteilung dieser Frage spielt die entscheidende Rolle der alte Streit, ob zum Besitzerwerb ein darauf gerichteter Wille notwendig ist oder nicht. Eine eingehendere Stellungnahme zu diesem Problem ist daher notwendig.

Zunächst ist festzustellen, daß der Absender solange Besitzer und zwar mittelbarer Eigenbesitzer bleiben will [3]), bis der Adressat den Vertragsantrag und damit den Antrag auf Abschluß eines Übereignungsvertrages oder auch umgekehrt angenommen hat. In der Zeit von der Empfangnahme bis zur Annahme des Antrages durch den Adressaten soll dieser unmittelbarer Fremdbesitzer der zugesandten Ware sein. Darauf geht jedenfalls der Wille des Absenders. Ob ihm dies gelingt, hängt in einer großen Zahl von Fällen von der Beantwortung der Frage ab: Ist Besitzwille notwendig oder nicht? Nämlich dann, wenn die Ware ohne Wissen und Willen des Adressaten in seinen Machtbereich gelangt, was ja gerade bei der unbestellten Zusendung sehr oft geschieht; sei es, daß der Adressat bei Empfangnahme den Charakter der Sendung nicht erkennt, sei es, daß die Waren in Abwesenseit des Adressaten bei diesem niedergelegt werden.

Zuerst soll die Lehre vom Besitzwillen behandelt werden, die die herrschende ist. Diese Ansicht stützt sich vor allem auf die geschichtliche Entwicklung. Das römische Recht verlangte zum Besitzerwerb einen Besitzwillen, ohne diesen war ein Besitzerwerb nicht möglich; es galt der Satz: adipiscimur possessionem corpore et animo, neque per es animo aut per se corpore [4]). Es wurde also ganz eindeutig ein Besitzwille gefordert. Im deutschen Recht dagegen genügte zum Besitzerwerb bei Fahrnis der tatsächliche Gewahrsam, ein Besitzwille war nicht notwendig. Auch im § 854 BGB wird nur die tatsächliche Gewalt gefordert. Es ist daher anzunehmen, daß sich unser geltendes Recht dem deutschrechtlichen Standpunkt angeschlossen hat.

Aus § 867 BGB hat man folgern wollen, daß die unbewußte

[3]) Endemann, II, § 30; Lange, S. 14; Aßmann, S. 45.
[4]) Paulus in 1, 3, § 1 D de adquir. poss. 41, 2.
[5]) RGR Komm. § 854.

Innehabung einer Sache noch keinen Besitz begründe [5]). Auch auf die Bestimmung des § 857, die als Ausnahmebestimmung anzusehen sei, hat man sich berufen. Vor allem meint man, es könne von einer tatsächlichen Gewalt nicht gesprochen werden, wenn nicht ein entsprechender Beherrschungswille hinzukäme [6]). Dieses ist die Hauptbegründung der Besitzwillenslehre, die sich bei allen Vertretern dieser Lehre wiederfindet. So: Rudolf v. Ihering [7]): „Die bloße räumliche Nähe der Person zur Sache begründet noch keinen Besitz, dazu bedarf es des Willens (animus), der beide miteinander verknüpft". „Ohne Willen gibt es kein Besitzverhältnis" [8]). Endemann [9]): „Herrschaftsergreifung heißt Verwirklichung gewollter Gewalt. Erlangen setzt als Erwerbsvorgang die aktive Beteiligung des Gewaltergreifers voraus". H. Dernburg [10]): „Der Besitz ist ein auf die Dauer angelegtes, für die Zukunft bestimmtes Verhältnis einer Person zu einer Sache. Nur der Geist, der Wille aber kann für die Zukunft sorgen. Der Wille ist daher der Schöpfer des Besitzes. Die körperliche Beziehung des Subjekts zur Sache allein kann nur etwas Vorübergehendes sein, erst der Wille gestaltet sie zur wirklichen Herrschaft".

Wolff bei Enneccerus [11]): „Das Gesetz erfordert einen Besitzwillen neben der tatsächlichen Gewalt nicht; aber man kann nicht sagen, daß jemand eine Sachgewalt begründen könne, der sie nicht begründen will".

Die Motive [12]): „Es wird allgemein gefordert, daß behufs der Besitzergreifung die Erlangung der tatsächlichen Gewalt durch eine bewußte und gewollte Handlung geschehe."

Dieser von der herrschenden Lehre geforderte Besitzwille braucht aber kein rechtsgeschäftlicher [13]), kein speziell bestimmter und juristisch qualifizierter zu sein [14]), sondern es genügt ein natürlicher Wille [15]). Man geht indessen noch weiter, um in Fällen, in denen ein Besitzschutz notwendig ist, ein Besitzverhältnis annehmen zu können. Es sei nicht notwendig, daß ein Besitzwille in allen Fällen vorhanden ist; man hat daher einen vermuteten und einen antici-

[6]) RGR Komm. § 854.
[7]) Der Besitz, in Iher. Jahrb. Bd. 32, S. 76 ff.
[8]) Ders. in „Der Besitzwille" (1889), S. 22.
[9]) Lehrb. II. Bd., 1. Abt., § 34, 1 a.
[10]) Das bürgerliche Recht, 3. Bd., § 17, 1.
[11]) 3. Bd., § 10.
[12]) 3. Bd., S. 82.
[13]) RGR Komm. § 854.
[14]) Enneccerus, 3. Bd., § 10.
[15]) RGR Komm. § 854.

pierten Besitzwillen konstruiert. Vor allem der anticipierte Besitzwille spielt eine große Rolle bei der herrschenden Meinung. Der Briefkasten soll z. B. der Ausdruck eines solchen Willens sein, weil der Besitzer eines Briefkastens schon beim Aufhängen desselben entschlossen war, an allen in ihn hineingelangenden Gegenständen Besitz zu erwerben [16]). Im allgemeinen wird ein solcher anticipierter Besitzwille bei Briefkästen, Automaten, Wildfallen u. ä. angenommen.

Erstaunlich weit geht Rotering [17]), der sogar Haus und Hof wie einen großen Briefkasten behandelt. Er begründet dies folgendermaßen: Der Besitzwille auf der realen Grundlage des Haben- und Behaltenkönnens erscheint als ein wesentliches Element des Besitzes. Die positive Gesetzgebung versagt aus Zweckmäßigkeitsgründen den Besitzschutz auch ausnahmsweise da nicht, wo die Rechtsposition des Besitzers zwar noch nicht gegeben, aber in der Entwicklung begriffen ist; es erscheint ratsam, den zukünftigen Besitzer schon als solchen zu schützen. Bei den empfangsoffenen Versperrungsanstalten wie Briefkasten, Automat etc. ist ein auf die Zukunft gerichteter Wille vorhanden, der an den dafür bestimmten Dingen Besitz erlangen will. Haus und Hof dienen der Versperrung nach außen. Dieser Versperrung gegenüber verhält sich das Verkehrsleben ablehnend, die Rührigkeit und Rapidität im Güterumlauf sucht diese Versperrung zu umgehen. Die Warensendungen ins Haus erfolgen nach Geschäftsusancen, um nur die Kauflust zu reizen, ohne jedes Vorwissen des Repräsentanten des Hauswesens. Dieser muß aber mit den Gepflogenheiten des Verkehrslebens rechnen; ohne sich der Gesellschaft ganz zu verschließen, kann er sich diesen nicht entziehen. Daher überkommt die Ware in seinen Besitz, die ihm ohne sein Vorwissen in die Wohnung zugestellt wird; noch bestimmter aber, wenn in eine Stallung, ein Gewächshaus, einen Speicher die dafür bestimmten Sachgüter hinter dem Rücken des Eigentümers der Hofwere hineingelangen.

Wenn man aber so weit geht, dann kann man m. E. von einem Erfordernis des Besitzwillens absehen, denn dann ist nur noch die tatsächliche Herrschaft maßgebend, von einem Willen aber gar nicht mehr die Rede. Derartige Konstruktionen können dann unterbleiben, wenn man auf einem anderen Wege einfacher und logischer

---

[16]) RGR Komm. § 854.
[17]) im Bürgerl. Arch. 27, S. 90 ff.

zu demselben Ergebnis kommen kann und noch dazu den reinen Wortlaut des Gesetzes für sich hat.

Ein großer Teil der Schriftsteller stellt ähnliche Überlegungen an. Sie sprechen von einem allgemeinen, unter Umständen eventuellen, auch auf das Zukünftige im voraus gerichteten Willen, die Dinge zu besitzen, die sich in dem Zimmer des Betreffenden befinden [18]). Ein ähnlicher Versuch ist die Konstruktion des rückwirkenden Willens. In den Fällen, in denen ein Besitzwille scheinbar fehlt und ein Bedürfnis nach Besitzschutz vorhanden ist, läßt sich ein diesbezüglicher Wille konstruieren; freilich ein Wille, der erst später nach dem rein tatsächlichen Moment auftritt, aber rückwirkende Kraft aufweist [19]). Die Zeit des Schwebezustandes soll eine Anwartschaft auf den Besitzerwerb und die tatsächliche Grundlage für diesen bedeuten [20]). In dem Fall, daß unbestellte Waren ohne Wissen und Wollen des Adressaten in seinen Machtbereich gelangt sind, versagt aber der größte Teil der Anhänger der Lehre vom Besitzwillen einen Besitzerwerb durch den Adressaten [21]). Auch viele von denen, die sonst mit dem Erfordernis des Besitzwillens weitherziger sind, versagen hier den Besitzerwerb, da in den meisten Fällen ein entgegenstehender Wille anzunehmen ist.

Einen Kompromiß, auch in grundsätzlicher Hinsicht, schlägt Dernburg vor [22]). Da in das BGB keine allgemeine Bestimmung über den Besitzwillen aufgenommen ist, sei das Ergebnis:

1) Ein vollkommenes Besitzverhältnis ist nur dann vorhanden, wenn der Besitzwille zur tatsächlichen Beherrschung hinzukommt.
2) Als Nebenform des Besitzes ist aber auch ein Verhältnis anzuerkennen, bei welchem die Sache, ohne daß wir es wissen und wollen, derart bei uns verwahrt ist, daß wir beliebig über sie verfügen können. Das ALR I 7 §§ 138, 141 nahm hier einen schutzwürdigen Gewahrsam an. —

Im Gegensatz zur bisherigen Lehre wird die Ansicht, die einen

---

[18]) So Planck, Komm. III, § 854, 2, ebenso Staudinger, Komm. III, § 854, 2 b, ähnlich Cosack, Lehrb. II, 1, § 6 (genereller Wille); O. v. Gierke, Dtsch. Priv. R. II. Bd., S. 229.

[19]) Affolter, Willensmoment beim Besitzerwerb, in Arch. f. bürg. R. 17, S. 1 ff.; ähnlich Endemann, II, 1, § 34, Anm. 19.

[20]) Endemann, II, 1, § 34, Anm. 19.

[21]) RGR Komm. § 854; O. v. Gierke, Dtsch. Priv. R. II, S. 229, Anm. 10; Crome, System des dtsch. Rechts, III, § 344, II, 2, JW 1925, S. 784; RG 106/136.

[22]) Das bürgerliche Recht, III, § 17, 4.

ges mittelbarer Eigenbesitzer und der Empfänger unmittelbarer Fremdbesitzer.

§ 9. Rechte und Pflichten des Empfängers und des Absenders, wenn die Sendung ohne den Willen des Empfängers in dessen Machtbereich gelangt ist.

Für die Beurteilung der Rechte und Pflichten des Empfängers ist von entscheidender Bedeutung, ob der Empfänger die Sendung angenommen hat in dem Bewußtsein, daß es sich um unbestellte Waren handelt, oder nicht. Zunächst ist letzterer Fall zu behandeln.

Nach dem im vorigen Paragraphen Gesagten ist der Empfänger auch dann Besitzer geworden, wenn die unbestellte Sendung ohne, ja sogar gegen sein Wissen und Wollen in seinen Machtbereich gekommen ist, d. h. es genügt, daß er jederzeit in der Lage ist, auf die Sache nach seinem Belieben einwirken zu können.

Es ist jetzt zu untersuchen, wie der Empfänger mit der unbestellten Ware umzugehen hat und auf welcher Grundlage Pflichten für ihn entstehen können.

Es besteht hier das Verhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer, die Vorschriften der §§ 985 ff. sind anzuwenden.

Der Eigentümer hat dem Empfänger den Besitz verschafft und auch verschaffen wollen, der Empfänger ist daher zum Besitz berechtigt. Es ist selbstverständlich, daß dieser Besitz nicht dauernd währen soll, wenn der Empfänger den in der Sendung liegenden Kaufantrag nicht annehmen will. Die Berechtigung zum Besitz endet, wenn der Absender zum Empfänger kommt und sich seine Ware wiederholen will, es genügt nicht eine Aufforderung des Absenders an den Empfänger, ihm seine Ware bei Nichtgefallen zurückzusenden. Denn der Empfänger ist nicht verpflichtet, für einen anderen tätig zu werden, wenn ihm wie hier eine Sache aufgedrängt ist. Ein einseitiges Aufdrängen von Pflichten kennt unser Recht nicht, der Absender hat daher nicht den Herausgabeanspruch aus § 985, sondern nur einen Abholungsanspruch nach § 985 [31]), ähnlich dem Abholungsanspruch nach § 1005 in Verbindung mit § 867. Der Herausgabeanspruch des § 985 BGB muß bei dem Charakter der unbestellten Zusendung zu einer Gestattung der Abholung herabgemindert werden, da der Eigentümer die Geltendmachung seines

[31]) So auch Siber, Rechtszwang, S. 132, Anm. 1; Riezler in Rhein. Ztschr. f. Zivil- und Strafprozeßrecht, 13, 574.

vollen Anspruchs durch seinen unerwünschten Eingriff in den Rechtsbereich des Adressaten verloren hat. Es bleibt somit im Interesse des zu schützenden Empfängers und Besitzers nur noch ein für jenen tragbarer Teil des Rückgewinnungsrechtes übrig. Diese Abschwächung des Herausgabeanspruchs aus § 985 BGB ist für beide Teile billig und tragbar. Der Besitzer braucht nicht tätig zu werden, und der Eigentümer muß wegen seines aufdringlichen Verhaltens in höherem Maße tätig werden, um sein Eigentum zurückzugewinnen, als dies im gewöhnlichen Fall üblich ist.

Der Empfänger bleibt also solange zum Besitz berechtigt, bis der Absender seine Ware abholen will [32]), dann ist er allerdings verpflichtet, dem Absender die Abholung zu gestatten und zu ermöglichen gemäß § 985 BGB, denn dann kann er sich auch auf den § 986 nicht mehr berufen. Aber auch hier kann man von dem Empfänger nicht verlangen, daß er die Sache selber holt und herausgibt, er muß nur sagen, wo die Sache liegt und dem Absender den Zugang zu ihr verschaffen.

Auf einem anderen und wohl kaum zu billigenden Standpunkt stehen Düringer-Hachenburg [33]). Auch nach ihrer Auffassung ist der Empfänger Besitzer der Sache, und er ist dem Herausgabeanspruch des Absenders aus § 985 gegenüber passiv legitimiert. Düringer-Hachenburg behandeln den Empfänger jedoch als einen schlechtgläubigen Besitzer von dem Zeitpunkt an, in dem er den Ankauf der Ware ablehnt. Hiernach haftet der Empfänger für jeden durch sein Verschulden entstandenen Schaden gemäß § 990 und § 989, und zwar dann vom Zeitpunkt des Erwerbes des Besitzes an. Düringer-Hachenburg begründen dies folgendermaßen. „Er (der Empfänger) kann nicht annehmen, daß ihm der Absender den Besitz zu einem anderen Zweck als zu dem des Ankaufs einräumen wollte. Er muß wissen, daß, wenn er nicht kauft, er die Sache nach Willen des Absenders auch nicht besitzen soll".

Besonders eigenartig ist diese Auffassung, weil Düringer-Hachenburg [34]) auch auf dem Standpunkt stehen, daß zum Besitzerwerb ein Besitzwille nicht erforderlich sei. Sie können diese strenge Haftung also nicht einmal dadurch ausgleichen, daß sie Besitzerwerb nur bei einem entsprechenden Willen annehmen. Nach dieser Ansicht ist der, dem der Besitz der Sache aufgedrängt ist, ohne daß er etwas

---

[32]) ebenso Staudinger, § 146, Nr. 5.
[33]) Bd. 5, S. 12 ff.
[34]) Bd. 5, S. 12.

davon ahnt, zu der gleichen Sorgfalt mit der Sache verpflichtet, wie sie der hätte, der sich bösgläubig den Besitz verschafft hat. Diese Gleichstellung ist unbedingt abzulehnen. Es ist daher richtig, den Empfänger der unbestellten Waren als den bis zur Abholung durch den Absender berechtigten Besitzer anzusehen, was ja auch dem Rechtsgefühl eines jeden billig denkenden Menschen weit mehr entspricht als die andere Auffassung. Wie ist die Sachlage aber dann, wenn die Ware entweder durch Verschulden des Empfängers verschlechtert oder sogar untergegangen ist? Irgendein vertragliches Schuldverhältnis zwischen Empfänger und Absender besteht nicht, da eine Einigung nicht geschlossen ist. Es bleiben lediglich Haftungsmöglichkeiten aus nur gesetzlichen Schuldverhältnissen, es kämen hier in Frage unerlaubte Handlung und ungerechtfertigte Bereicherung. Es taucht wieder die alte Streitfrage auf: können neben §§ 985 ff. die §§ 823 und 812 ff. BGB angewandt werden? Hierauf näher einzugehen, überschritte den Rahmen der Arbeit. M. E. ist dies abzulehnen, da die §§ 985 ff. Sonderbestimmungen sind [35]), und es ausdrücklich gesagt ist, wann die §§ 823 ff. anzuwenden sind, nämlich in § 992. Anwendbar ist nur der § 826, da er über den Rahmen der §§ 823 ff. hinausgeht [36]). Das bedeutet in unserem Falle, daß der Empfänger nur für vorsätzliche, unsittliche Schadenszufügung haftet, solange er zum Besitz berechtigt ist. Sobald der Empfänger allerdings dem Absender die Abholung verweigert, ist er dem befangenen Besitzer gleichzustellen und hat die Pflichten aus den §§ 987 ff. gemäß § 990. Das OLG München [37]) verlangt von dem Empfänger die gleiche Sorgfalt, die vom unredlichen Besitzer verlangt wird, von dem Augenblick an, in dem der Absender die Herausgabe verlangt. Dies ist aber aus den oben ausgeführten Gründen abzulehnen.

Andere Grundlagen für irgendwelche Pflichten des Empfängers, seien es vertragliche oder nur gesetzliche, bestehen nicht. Anwendung findet als allgemeine Bestimmung auch der § 226, der sog. Schikaneparagraph. Hiernach wäre der Empfänger nur dann haftpflichtig, wenn er die Sache in der Absicht der Schadenszufügung vernichtet oder verschlechtert [38]).

Es geht aber nicht an, daß der Empfänger eine ihm unbestellt zugesandte — vielleicht wertvolle — Sache z. B. zum Fenster hinaus-

[35]) Leonhard, Bürg. Recht, S. 139.
[36]) Enneccerus, III.
[37]) in Höchstr. Rspr. 1931, Nr. 287, u. Seuff. Arch. 85, S. 82.
[38]) So Siber, Rechtszwang im Schuldverhältnis, 1903, S. 132, Anm. 1.

wirft [39]), ohne hierfür irgendwie einstehen zu müssen, wenn er dies nicht zwecks vorsätzlicher, unsittlicher Schädigung des Absenders tut, sondern sich der Sache nur entledigen will. Jeder Mensch hat auf seine Mitwelt Rücksicht zu nehmen. Gerade bei einer Erscheinung wie der unbestellten Zusendung, die so häufig ist, darf der Absender nicht schutzlos gelassen werden. Vom Empfänger ist eine gewisse Rücksichtnahme zu fordern. Es kann daher von ihm verlangt werden, daß er den Interessen des Absenders in einem gewissen Umfange gerecht wird [40]). Es ist wenigstens eine Haftung für Vorsatz zu verlangen, wenn die Zusendung dem Empfänger ohne dessen Wissen zugestellt ist. Ist die Ware aber regelrecht in den Machtbereich des Empfängers hineingeschmuggelt worden, vielleicht sogar in Kenntnis davon, daß dies sicher gegen den Willen des Empfängers verstößt, so haftet der Empfänger nur im Falle absichtlicher Schadenszufügung, da hier eine Rücksichtnahme wegen des frechen Aufdrängens der Ware nicht gefordert werden kann. Der Umfang der Haftpflicht ist auszudehnen, wenn nach Treu und Glauben von dem Empfänger eine erhöhte Sorgfalt verlangt werden kann; z. B. dann, wenn irgendwelche geschäftlichen Beziehungen zwischen dem Absender und dem Empfänger bestehen und der Empfänger gemerkt hat, daß die Ware von einem solchen Absender stammt. Hier ist die Haftungsgrenze aber auch nur bis zur groben Fahrlässigkeit auszudehnen. Grundsatz muß immer bleiben, dem Empfänger für solche Sendungen so wenig Pflichten wie nur irgend möglich aufzubürden.

Ganz besondere Umstände, z. B. die Sendung ist irgendwie durch den Empfänger veranlaßt worden, begründen vielleicht eine weitergehende Haftung für Sorgfalt, aber ein solcher Fall dürfte äußerst selten sein.

Ein Sonderfall ist der § 362 HGB. Hier ist der Kaufmann, wenn er den Antrag nicht ablehnt, für alle daraus entspringenden Folgen auch ohne Verschulden schadensersatzpflichtig.

Von einer Aufbewahrungspflicht kann nur dann gesprochen werden, wenn besonders enge Beziehungen zwischen Absender und Empfänger vorhanden sind oder wenn die Sendung durch den Empfänger veranlaßt ist. Eine Rücksendungspflicht besteht aber

---

[39]) Wie Joseph, DJZ 1901, S. 383, es dem Empfänger gestattet.
[40]) Ähnlich auch OLG München, s. Anm. 37, Warn. Komm. § 146, IV.

auf keinen Fall, selbst dann nicht, wenn Rückporto beigelegt ist[41]). Über die Pflichten des Empfängers — die Sendung ist ohne seinen Willen in seinen Machtbereich gelangt — ist daher grundsätzlich zu sagen, daß er nur für vorsätzliche Beschädigung haftet. Er muß sich aber jeder Verfügung über die Sache enthalten, da darin eine Annahme des Antrages läge[42]).

Wie kann sich nun der Empfänger der unbestellten Ware entledigen? Die Zusendung der unbestellten Ware ohne Wissen und Willen des Empfängers bedeutet eine Störung für diesen, es werden ihm — wenn auch nur geringe — Pflichten auferlegt, die er sonst nicht hätte. Ist daher der Empfänger Eigentümer seiner Wohnräume, so hat er die Eigentumsfreiheitsklage des § 1004 BGB, er kann Beseitigung der Störung verlangen.

Weiter stellt sich die unbestellte Zusendung auch als verbotene Eigenmacht dar. § 858 Abs. 1 BGB verlangt für unseren Fall:

1. daß der Gestörte Besitzer und zwar unmittelbarer ist[43]),
2. daß dieser Besitzer ohne seinen Willen gestört wird, d. h. also, es genügt schon das Fehlen der Zustimmung, sei es einer ausdrücklichen oder stillschweigenden[44]),
3. daß eine Störung vorliegt; eine Störung liegt dann vor, wenn der ruhige Genuß des Besitzes beeinträchtigt wird, und zwar derart, daß statt des ruhigen Zustandes ein solcher der Rechtsunsicherheit eintritt[45]).

Wenn diese Voraussetzungen gegeben sind — sie liegen fast immer vor, wenn die Ware in den Machtbereich des Empfängers hineingeschmuggelt ist — hat der Empfänger die Besitzstörungsklage Aus den oben dargelegten Gründen darf sich der Empfänger gegen die Besitzstörung aber nicht dadurch wehren, daß er die Ware aus seinem Machtberich hinausbefördert, wenn auch der § 859 Abs. 1 zu einer solchen Abwehr gegen verbotene Eigenmacht die rechtliche Grundlage zu geben scheint.

Am zweckmäßigsten wird immer sein, den Absender aufzufordern, seine Ware wieder abzuholen, wenn man auch nicht dazu verpflichtet ist. Denn dann hat man den Absender im Falle der Nichtabholung außerdem noch in Verzug gesetzt. Auch bedeutet eine

[41]) Regelsberger, in Endemann, Handb. d. Handelsrechts, II, S. 447; Lange, S. 60; Joseph, in DJZ 1901, S. 383; Aßmann, S. 101; RGR Komm. § 151, 1; RG 90/430; JW 07, 329.

[42]) Warn. Komm. § 146, IV.

[43]) RG in Warn. 1920 Nr. 200.

[44]) RG in JW 04, S. 361, Nr. 18.

[45]) RG 55/56; RGR Komm. § 858, 5.

derartige Aufforderung eine gründliche Klärung der Sachlage. Der Absender weiß dann, daß seine Ware nicht gewünscht wird und kann dementsprechende Maßnahmen ergreifen. Außerdem sind im Falle des Verzuges die Möglichkeiten einer Hinterlegung oder Versteigerung, wenn die dafür sonst doch notwendigen Voraussetzungen vorliegen (§§ 372—386 BGB), gegeben. Dies ist aber meist recht unbequem für den Empfänger, da ihn hier auch wieder verschiedene Pflichten treffen, wie Anzeigepflicht, und bei Nichterfüllung dieser Pflichten Ersatz des entstehenden Schadens. Eine solche Art des Vorgehens ist wohl die angemessene für Kaufleute, die mehr Rücksicht aufeinander zu nehmen haben als Privatleute.

Will der Absender seine Waren beim Empfänger abholen, und verweigert dieser ihm, die Sachen aufzusuchen, so kommt der Empfänger in Verzug gemäß § 284 BGB, und seine Haftung wird erheblich strenger, §§ 286, 287 BGB, er haftet für jede Fahrlässigkeit und den zufälligen Untergang der Ware.

Die allgemeinen Vorschriften des Schuldrechts sind anzuwenden, da ein gesetzliches Schuldverhältnis (Schuldnerverzug) entstanden ist. Der Absender hat, nachdem der Empfänger zum Besitz nicht mehr berechtigt ist, einen Anspruch auf Gestattung der Abholung, der Empfänger hat einen Anspruch auf Abholung der Sache durch den Absender.

Diesem Abholungsanspruch des Absenders gegenüber hat der Empfänger noch einige Rechte. Er kann gemäß § 994 BGB Ersatz der notwendigen Verwendungen, die er auf die Sache gemacht hat, verlangen und kann die Herausgabe der Sache solange verweigern, bis er wegen der gemachten Verwendungen befriedigt ist (§ 1000 BGB). Auch muß man dem Empfänger zubilligen — in entsprechender Anwendung der §§ 1005 bzw. 867 BGB — daß er die Aufsuchung durch den Absender, falls damit ein Schaden für ihn entstehen könnte, nur gegen eine Sicherheitsleistung zu gestatten braucht, und daß, wenn dadurch ein Schaden entsteht, der Absender den Schaden ersetzt. Eine unmittelbare Anwendung dieser Bestimmungen ist nicht möglich, da der Aufsuchungsanspruch nur dem zusteht, der noch Besitzer ist. Hier ist aber der Absender nicht mehr Besitzer, sondern nur der Empfänger. Diese Bestimmung trifft jedoch einen gleichartigen Fall wie den, der hier behandelt wird; in beiden Fällen ist die Sache ohne den Willen desjenigen, der herauszugeben hat, in seinen Machtbereich gelangt. Wenn schon derjenige, der seine Sache vielleicht zufällig auf das Grundstück eines

auf keinen Fall, selbst dann nicht, wenn Rückporto beigelegt ist [41]). Über die Pflichten des Empfängers — die Sendung ist ohne seinen Willen in seinen Machtbereich gelangt — ist daher grundsätzlich zu sagen, daß er nur für vorsätzliche Beschädigung haftet. Er muß sich aber jeder Verfügung über die Sache enthalten, da darin eine Annahme des Antrages läge [42]).

Wie kann sich nun der Empfänger der unbestellten Ware entledigen? Die Zusendung der unbestellten Ware ohne Wissen und Willen des Empfängers bedeutet eine Störung für diesen, es werden ihm — wenn auch nur geringe — Pflichten auferlegt, die er sonst nicht hätte. Ist daher der Empfänger Eigentümer seiner Wohnräume, so hat er die Eigentumsfreiheitsklage des § 1004 BGB, er kann Beseitigung der Störung verlangen.

Weiter stellt sich die unbestellte Zusendung auch als verbotene Eigenmacht dar. § 858 Abs. 1 BGB verlangt für unseren Fall:

1. daß der Gestörte Besitzer und zwar unmittelbarer ist [43]),
2. daß dieser Besitzer ohne seinen Willen gestört wird, d. h. also, es genügt schon das Fehlen der Zustimmung, sei es einer ausdrücklichen oder stillschweigenden [44]),
3. daß eine Störung vorliegt; eine Störung liegt dann vor, wenn der ruhige Genuß des Besitzes beeinträchtigt wird, und zwar derart, daß statt des ruhigen Zustandes ein solcher der Rechtsunsicherheit eintritt [45]).

Wenn diese Voraussetzungen gegeben sind — sie liegen fast immer vor, wenn die Ware in den Machtbereich des Empfängers hineingeschmuggelt ist — hat der Empfänger die Besitzstörungsklage Aus den oben dargelegten Gründen darf sich der Empfänger gegen die Besitzstörung aber nicht dadurch wehren, daß er die Ware aus seinem Machtberich hinausbefördert, wenn auch der § 859 Abs. 1 zu einer solchen Abwehr gegen verbotene Eigenmacht die rechtliche Grundlage zu geben scheint.

Am zweckmäßigsten wird immer sein, den Absender aufzufordern, seine Ware wieder abzuholen, wenn man auch nicht dazu verpflichtet ist. Denn dann hat man den Absender im Falle der Nichtabholung außerdem noch in Verzug gesetzt. Auch bedeutet eine

[41]) Regelsberger, in Endemann, Handb. d. Handelsrechts, II, S. 447; Lange, S. 60; Joseph, in DJZ 1901, S. 383; Aßmann, S. 101; RGR Komm. § 151, 1; RG 90/430; JW 07, 329.
[42]) Warn. Komm. § 146, IV.
[43]) RG in Warn. 1920 Nr. 200.
[44]) RG in JW 04, S. 361, Nr. 18.
[45]) RG 55/56; RGR Komm. § 858, 5.

derartige Aufforderung eine gründliche Klärung der Sachlage. Der Absender weiß dann, daß seine Ware nicht gewünscht wird und kann dementsprechende Maßnahmen ergreifen. Außerdem sind im Falle des Verzuges die Möglichkeiten einer Hinterlegung oder Versteigerung, wenn die dafür sonst doch notwendigen Voraussetzungen vorliegen (§§ 372—386 BGB), gegeben. Dies ist aber meist recht unbequem für den Empfänger, da ihn hier auch wieder verschiedene Pflichten treffen, wie Anzeigepflicht, und bei Nichterfüllung dieser Pflichten Ersatz des entstehenden Schadens. Eine solche Art des Vorgehens ist wohl die angemessene für Kaufleute, die mehr Rücksicht aufeinander zu nehmen haben als Privatleute.

Will der Absender seine Waren beim Empfänger abholen, und verweigert dieser ihm, die Sachen aufzusuchen, so kommt der Empfänger in Verzug gemäß § 284 BGB, und seine Haftung wird erheblich strenger, §§ 286, 287 BGB, er haftet für jede Fahrlässigkeit und den zufälligen Untergang der Ware.

Die allgemeinen Vorschriften des Schuldrechts sind anzuwenden, da ein gesetzliches Schuldverhältnis (Schuldnerverzug) entstanden ist. Der Absender hat, nachdem der Empfänger zum Besitz nicht mehr berechtigt ist, einen Anspruch auf Gestattung der Abholung, der Empfänger hat einen Anspruch auf Abholung der Sache durch den Absender.

Diesem Abholungsanspruch des Absenders gegenüber hat der Empfänger noch einige Rechte. Er kann gemäß § 994 BGB Ersatz der notwendigen Verwendungen, die er auf die Sache gemacht hat, verlangen und kann die Herausgabe der Sache solange verweigern, bis er wegen der gemachten Verwendungen befriedigt ist (§ 1000 BGB). Auch muß man dem Empfänger zubilligen — in entsprechender Anwendung der §§ 1005 bzw. 867 BGB — daß er die Aufsuchung durch den Absender, falls damit ein Schaden für ihn entstehen könnte, nur gegen eine Sicherheitsleistung zu gestatten braucht, und daß, wenn dadurch ein Schaden entsteht, der Absender den Schaden ersetzt. Eine unmittelbare Anwendung dieser Bestimmungen ist nicht möglich, da der Aufsuchungsanspruch nur dem zusteht, der noch Besitzer ist. Hier ist aber der Absender nicht mehr Besitzer, sondern nur der Empfänger. Diese Bestimmung trifft jedoch einen gleichartigen Fall wie den, der hier behandelt wird; in beiden Fällen ist die Sache ohne den Willen desjenigen, der herauszugeben hat, in seinen Machtbereich gelangt. Wenn schon derjenige, der seine Sache vielleicht zufällig auf das Grundstück eines

anderen gebracht hat, Sicherheit oder Ersatz leisten muß, wieviel mehr dann der, der seine Sache einem anderen aufgedrängt hat und sie dann wieder zurückholen will. Dem Empfänger diesen Schutz zu gewähren, erscheint angemessen, da er, wenn die Sache erst abgeholt ist, das Zurückbehaltungsrecht des § 1000 BGB., das seine Ansprüche noch rechtzeitig sichert, nicht mehr geltend machen kann. Würde man dem Empfänger dieses Recht verweigern so kann er u. U. den Ersatz seines Schadens von dem Absender nicht mehr beitreiben. Eine Sicherung der Ersatzansprüche des Empfängers ist daher zu geben, solange der Empfänger noch das Mittel, seinen Schaden zu decken — nämlich die Ware — in der Hand hat. Dies wird nicht sehr häufig zur Anwendung kommen, denn im allgemeinen wird ein Schaden für den Empfänger durch die Abholung nicht entstehen. Sendet nun der Empfänger die Ware an den Absender zurück oder bewahrt sie für ihn auf, und tut er dies nur, um den Absender vor Schaden zu bewahren, so ist zu untersuchen, ob darin entweder die Übernahme einer Geschäftsführung ohne Auftrag oder der Abschluß eines Auftrags- oder Verwahrungsvertrages zu erblicken ist. Eine Geschäftsführung ohne Auftrag kommt nicht in Betracht [46]), da entweder die Bitte ausgesprochen ist, die Sache bei Nichtgefallen zurückzusenden oder aufzubewahren, oder doch wenigstens nach Lage des Falles die Einwilligung hierzu stillschweigend anzunehmen ist. Hieraus läßt sich m. E. eine Berechtigung für den Empfänger herleiten, etwas derartiges zu tun, eine Geschäftsführung ohne Auftrag ist daher nicht gegeben. Auch der Abschluß eines Auftrags- oder Verwahrungsvertrages ist nicht anzunehmen, da in der Vornahme der Rücksendung oder Aufbewahrung eine Vertragsannahme nicht liegt. Es handelt sich vielmehr um eine reine Gefälligkeitshandlung. Von einer schlüssigen Vertragsannahme kann schon darum keine Rede sein, weil dem Empfänger das Erklärungsbewußtsein fehlt, denn er weiß meist nicht, daß diese seine Handlung die Annahme eines solchen Vertrages bedeuten könnte. Der Empfänger ist berechtigt, die Ware zurückzusenden oder aufzubewahren, aber er ist nicht dazu verpflichtet. Seine Haftung wird durch eine solche Handlung weder erhöht noch vermindert.

Die Rechte und Pflichten des Absender ergeben sich zum größten Teil aus dem Vorhergehenden. Der Absender ist, da er Eigentümer der Ware geblieben ist, berechtigt, die Sache vom Empfänger ab-

[46]) a. A. Ulitzka, S. 33.

zuholen. Er hat einen Anspruch auf Schadensersatz, wenn die Ware vom Empfänger vorsätzlich vernichtet oder verschlechtert wird, und u. U. auch dann, wenn eine solche Verschlechterung durch grobe Fahrlässigkeit des Empfängers verursacht ist. Grundsätzlich ist aber daran festzuhalten, daß der Absender die Gefahr eines Untergangs der Sache trägt, denn er hat diese durch sein aufdringliches Verhalten heraufbeschworen. In erster Linie sind daher immer die Belange des Empfängers zu beachten und erst dann diejenigen des Absenders.

Der Absender haftet für jeden Schaden, der dem Empfänger durch die Zusendung entsteht, und zwar auch dann, wenn ihn ein besonderes Verschulden nicht trifft. Denn das Verschulden des Absenders liegt schon in der bloßen Absendung der unbestellten Waren. Diese ist, da sie den Empfänger in seinem Besitz stört, widerrechtlich (§ 858 BGB). Die Voraussetzungen des § 823 liegen also vor, wenn man den Besitz als ein Recht im Sinne des § 823 auffaßt. Diese Frage ist lebhaft umstritten, da der Besitz von vielen als eine bloße Tatsache angesehen wird. Eine klare Entscheidung dieser Frage aus dem Gesetz selbst ist nicht möglich, da sich für jede Ansicht einige Bestimmungen finden, die diese stützen [47]). Aber auch dann, wenn man den Besitz nicht als ein Recht auffassen will, ist der § 823 anwendbar, nämlich hier Absatz 2 in Verbindung mit dem Verbot der Eigenmacht §§ 858 ff.

Man könnte zweifeln, ob die Einbringung der Sache in den Machtbereich des Empfängers widerrechtlich nach § 858 ist, da man eine gewohnheitsrechtliche Gestattung solcher Zusendungen annehmen könnte. Dies ist abzulehnen, jedenfalls solange, wie sich sicher ergibt, daß es sich um eine unbestellte Zusendung handelt.

Ob der Absender Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung hat, hängt von der Beantwortung der Frage ab, ob neben den §§ 985 ff. auch noch die §§ 812 ff. anzuwenden sind. Die praktische Bedeutung der Frage zeigt sich z. B. in folgendem Falle: Der Empfänger hat eine Kiste Zigarren unverpackt, ohne Begleitschreiben, von einem Zigarrenhändler in seiner Abwesenheit zugeschickt erhalten, die Zigarrenkiste wird zu den anderen Zigarrenkisten des

---

[47]) Besitz ist ein Recht: §§ 861, 862 (Rechtsvorgänger), mittelbarer Besitz ist keine Tatsache. Besitz ist eine Tatsache: §§ 268, 1414, 1462, 1533 (Gegenüberstellung von Recht und Besitz), 857 (ausdrückliche Erwähnung, daß Besitz auf Erben übergeht; wenn Besitz ein Recht wäre, wäre § 857 nicht notwendig), 865 (Besitz an wesentlichen Bestandteilen, nach § 93 besondere Rechte daran nicht möglich).

Empfängers gestellt. Der Empfänger entnimmt dieser Kiste im Glauben, es sei eine von seinen eigenen, Zigarren und raucht so allmählich den ganzen Inhalt auf. Hier wären die Bestimmungen der §§ 812, 818 Abs. 2 anzuwenden — Wertersatz, da der Empfänger auf diese Weise eine Kiste Zigarren weniger kaufen mußte und so den Kaufpreis für eine Kiste gespart hat, also darum bereichert wäre —, wenn diese Bestimmungen nicht als weitere Vorschriften durch die engeren Vorschriften der § 985 ff. ausgeschlossen würden Dieses letztere ist aber anzunehmen, wie schon oben ausgeführt wurde. Der Absender hätte hiernach keinen Anspruch auf Wertersatz. Dieses Ergebnis ist auch billig; der Absender muß mit solchen Vorkommnissen rechnen.

Lehnt man einen Besitzerwerb ohne den entsprechenden Willen ab, so ergibt sich daraus eine abweichende Beantwortung der Frage nach den Rechten und Pflichten bei Unkenntnis des Empfängers. Hierauf kann hier nicht näher eingegangen werden; es sei daher auf das in Frage kommende Schrifttum verwiesen [48]).

§ 10. Rechte und Pflichten des Empfängers und des Absenders, wenn die Sendung mit dem Willen des Empfängers in dessen Machtbereich gelangt ist.

Anders sind die Rechte und Pflichten der Parteien zu beurteilen, wenn der Empfänger selbst die Waren zwecks Prüfung in Empfang genommen hat, oder wenn er die Ware, auch wenn er sie nicht selbst angenommen hat, nachher eingehend prüft und den Ankauf erwägt. Dies muß aber im Falle des Bestreitens der Absender beweisen, was meist sehr schwer fallen dürfte. Wie schon oben [49]) gesagt, liegt in der Zusendung auch der Antrag auf Abschluß eines Besichtigungsvertrages. Freilich ist das sehr bestritten. Düringer-Hachenburg [50]) nehmen einen Verwahrungsvertrag nur an, wenn die Zusendung mit Einwilligung des Empfängers erfolgt ist, aber dann kann man überhaupt nicht mehr von einer Zusendung unbestellter Ware sprechen. In allen anderen Fällen liegt nach Düringer-Hachenburg ein Vertragsverhältnis irgendwelcher Art nicht vor. In den eingangs genannten Fällen und auch dann, wenn ein ordentlicher Vertreter des Empfängers, wie z. B. der Prokurist, die Sendung in

[48]) Staudinger, § 146, Nr. 5; Ulitzka, S. 29 ff.; Endemann, § 35, Anm. 14; Lange, S. 58 ff.

[49]) § 4 a. E.

[50]) Bd. 5, 1. Hälfte, S. 12.

Empfang nimmt [51]), ist die Annahme berechtigt, daß der Empfänger sich mit der Besichtigung einverstanden erklärt hat.

Hier kann von einem Einschmuggeln nicht mehr die Rede sein, denn „der freiwillige Empfänger verzieh die Eigenmacht des Absenders [52]). Der Empfänger zeigt sich dem Antrag des Absenders zum Abschlusse eines Kaufvertrages nicht abgeneigt, er will die Ware besichtigen. Da, wie wir oben gesehen haben, in der Zusendung gleichzeitig der Antrag zu einem Besichtigungsvertrag liegt, ist dieser Antrag in den vorgenannten Fällen durch den Empfänger angenommen [53]), und zwar gemäß § 151; hier wird nach der Verkehrssitte eine ausdrückliche Annahmeerklärung nicht erwartet, es genügt eine Handlung, in der sich eine diesbezügliche Annahmeerklärung zeigt. Dieser Besichtigungsvertrag ist möglich, da im Schuldrecht des BGB der Grundsatz der Vertragsfreiheit niedergelegt ist; die Parteien können Schuldverträge beliebigen Inhalts schließen, soweit diese nicht gegen gesetzliche Bestimmungen verstoßen.

Ein Verwahrungsvertrag ist schon deshalb abzulehnen, weil der Zweck dieses Vertrages eine Besichtigung, und dann erst in zweiter Linie eine Aufbewahrung ist. Die Rechte und Pflichten der Parteien bestimmen sich bei diesem Vertrage vor allem nach der Verkehrssitte mit Rücksicht auf Treu und Glauben (§ 242 BGB). Irgendwelche Bestimmungen, die darüber hinausgehen und die vom Absender aufgestellt sind, sind nicht maßgebend, wenn sie der Empfänger nicht schon bei der Annahme erkennen konnte.

[54]) Bei der unbestellten Zusendung will der Absender dem Empfänger soweit als möglich entgegenkommen. Er wird dem Empfänger nur wenige Pflichten auferlegen wollen. Ebenso will der Empfänger durch die Annahme der Sendung nicht irgendwie belästigt werden, er sieht in der Sendung nur die Möglichkeit, die Ware bei sich in aller Ruhe und Bequemlichkeit zu besichtigen. „Hieraus ergibt sich, daß der Schwerpunkt der Verpflichtungen beim Absender, der der Berechtigung beim Empfänger liegt.“ Dies erscheint auch durchaus billig, denn das Hauptinteresse hat der Absender, der seine Absatzmöglichkeit verbessern will, er hat die ganze Sachlage durch seine Sendung veranlaßt, er ist tätig geworden, ohne

---

[51]) Aßmann, S. 124.
[52]) Aßmann, S. 124.
[53]) So auch Oertmann, § 151; Endemann, § 35, Anm. 14; Wedemeyer, S. 113; a. A.: Staudinger, § 146, 5; Joseph, in DJZ 1901, S. 383; Dernburg, § 123, Abs. II.
[54]) Zum folgenden Aßmann, S. 128 f.

dazu vom Empfänger veranlaßt worden zu sein, er drängt dem Empfänger die Ware auf, zunächst damit dieser sie besichtige, und dann bei Gefallen kaufe. „Er sucht den guten Tropfen, deshalb muß er sich auch den bösen gefallen lassen."

Aus dem Abschluß des Besichtigungsvertrages ergibt sich vor allem die Befugnis des Empfängers, die Ware eingehend zu prüfen. Der Empfänger darf die Ware auspacken und, wenn es sich um Nahrungsmittel handelt, Kostproben entnehmen. Sind es unaufgeschnittene Bücher, so muß man dem Empfänger das Recht zubilligen, das Inhaltsverzeichnis und einige Stellen des Buches aufzuschneiden, um so einen Einblick zu gewinnen, ob ihm das behandelte Thema zusagt. Geht die Prüfung aber über das Maß hinaus, das zu einer Begutachtung notwendig ist, so kann hieraus auf eine Annahme des Kaufvertragsantrages geschlossen werden. Es geht z. B. nicht an, daß der Empfänger den größten Teil der Ware verzehrt oder das ganze Buch aufschneidet und liest. Ist eine Annahmehandlung nicht anzunehmen, so macht sich der Empfänger dann schadensersatzpflichtig.

Die Kernfrage ist jedoch: wie hat der Empfänger die Ware aufzubewahren, und welchen Grad des Verschuldens hat er bei Untergang oder Verschlechterung der Ware zu vertreten?

Da ein gesetzlich besonders geregeltes Schuldverhältnis nicht vorliegt, sind die allgemeinen Bestimmungen des Schuldrechts anzuwenden. Gemäß § 276 BGB hafte der Schuldner für Vorsatz und jede Fahrlässigkeit, soweit nicht etwas anderes bestimmt ist.

Hieraus schließt Aßmann [55]), daß der Empfänger auch für jede Fahrlässigkeit hafte. Dem ist nicht zuzustimmen.

Das Gesetz hat in einigen Fällen von dieser weitgehenden Haftung abgesehen und die Haftung auf Sorgfalt in eigener Angelegenheit herabgemindert, wenn ein beiderseitiges Interesse vorlag, z. B. §§ 708, 1664 und 2131 BGB, und auf grobe Fahrlässigkeit, wenn das Interesse der Gegenseite überwiegt oder doch wenigstens der Haftende an dem Gegenstand kein Interesse hat, z. B. §§ 300, 521, 968, 599, 680 BGB. Ebenso liegt bei der Zusendung unbestellter Waren das überwiegende Interesse beim Absender, daher kann m. E. der Empfänger nur dann in Anspruch genommen werden, wenn die Ware entweder durch vorsätzliches oder grobfahrlässiges Verhalten des Empfängers beschädigt wird. Er haftet nicht für leichte Fahrlässigkeit. Von diesem Grundsatz gibt es Ausnahmen, so wird

[55]) S. 132.

man unter Kaufleuten wenigstens eine Haftung für Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten verlangen müssen, da das Verkehrsleben an den Kaufmann andere Anforderungen stellt. Hat der Empfänger die Ware besichtigt und ist zu einer Entscheidung über Annahme oder Ablehnung des Antrages gekommen, so muß er dies irgendwie zum Ausdruck bringen. Innerhalb welcher Frist dies geschehen muß, ist nach den jeweiligen Umständen zu entscheiden; liegen irgendwelche Bestimmungen des Absenders darüber vor, so sind diese maßgebend.

Ist diese Entscheidung negativ ausgefallen und das Ergebnis dem Absender bekannt, so hat der Empfänger einen Anspruch darauf, daß die unbestellte Ware vom Absender wieder abgeholt wird. Der Empfänger seinerseits muß die Ware zur Abholung bereithalten und bei Abholung zurückgeben. Auch für diese Abholung ist eine Frist je nach den Umständen anzunehmen. Lehnt der Empfänger die Annahme des Kaufvertragsantrages schon vor Ablauf der Besichtigungsfrist ab, so muß er dem Absender hiervon Nachricht geben, falls die Abholungsfrist gleich mit der Ablehnung beginnen soll.

Ist die Abholungsfrist abgelaufen, ohne daß der Absender die Ware abgeholt hat, so befindet er sich im Verzuge, und zwar im Gläubigerverzuge, da er die angebotene Leistung nicht angenommen hat. Die Rückgabepflicht an den Abholer ist neben einer etwaigen Schadenshaftung, bei der auch nur ein geringer Sorgfaltsmaßstab anzulegen ist, die einzige, wirklich positive Pflicht des Empfängers aus dem Besichtigungsvertrag, wenn das Angebot abgelehnt ist. Die Leistung ist angeboten, denn zu dem Angebot ist in diesem Falle nichts weiter notwendig, als die Bereitstellung zur Abholung. Der Schuldner hat gemäß § 300 im Gläubigerverzug Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten. Ist dieser Haftungsmaßstab auch hier anwendbar? M. E. nicht, denn jetzt im Annahmeverzug kehrt dieselbe Sachlage wieder wie im Falle des Einschmuggelns in den Machtbereich des Empfängers. Hier wie dort ist dem Empfänger eine Sache wider seinen Willen aufgedrängt, einmal dadurch, daß die Sache nicht weggeschafft wird, das andere Mal dadurch, daß die Sache in seinen Machtbereich gebracht ist. Der § 300 hat andere Voraussetzungen. Bei einem gewöhnlichen Schuldverhältnis haben beide Parteien ungefähr die gleichen Vorteile von diesem Verhältnis. Auch der Schuldner hat solche Vorteile, denn er hätte sich nicht verpflichtet, wenn er nach seiner Ansicht nicht auch einen ungefähr

gleich großen Gewinn aus dem Geschäft gehabt hätte. Hier ist dies aber anders. Denn wie schon oben ausgeführt, liegt bei unserem Besichtigungsvertrag der Hauptteil der Rechte beim Empfänger und der der Pflichten beim Absender. Der Absender geht diesen Vertrag ja auch nur ein, um auf diesem Wege einen Kaufvertrag abschließen zu können. M. E. ist es daher beim Gläubigerverzug in unserem Fall gerechtfertigt, den Empfänger — den Schuldner— nur für Vorsatz haften zu lassen.

Es muß allerdings gesagt werden, daß man wohl mit derselben Berechtigung die Haftungsgrenze bei dem Gläubigerverzug bis zur groben Fahrlässigkeit erhöhen kann. Es wäre vielleicht mit dem Gesetz leichter zu begründen. Aber immer muß man daran festhalten, daß wirklich kein Grund besteht, derartigen Geschäftsgebräuchen, wie es die unbestellten Zusendungen im allgemeinen sind, irgendwelche Stützen zu geben.

Ist der Absender mit der Abholung im Verzuge, so ergeben sich für die weiteren Rechte und Pflichten der Parteien die Grundsätze, die im vorigen Paragraphen behandelt worden sind.

V. § 11. Ergebnis der Arbeit.

Aufgabe dieser Arbeit war es, die Rechtsfragen der unbestellten Zusendung und damit ein Gebiet zu behandeln, das in unserem geltenden Recht nicht ausdrücklich geregelt ist, obwohl es sehr häufig in Erscheinung tritt. Der Gesetzgeber war sich dieser Tatsache durchaus bewußt, hat aber von einer Regelung abgesehen — es handelt sich also um eine bewußte Lücke im Gesetz —, weil eine einheitliche Behandlung nicht möglich war, da sich je nach Lage des Falls die verschiedensten Möglichkeiten einer Lösung ergeben können. Er hat daher dem Richter freie Hand gelassen, zu einer Lösung zu kommen, die im Einzelfall als die angemessenste erscheint. Grundsatz bleibt aber immer, vor allem den Interessen des Empfängers gerecht zu werden, da dieser zur Entstehung der Sachlage nicht beigetragen hat, sondern diese nur durch das aufdringliche Verhalten des Absenders verursacht ist. Aus dieser Tatsache ergibt sich die Verteilung der Rechte und Pflichten auf die Beteiligten. Auch die Beweislast ist zum größten Teil dem Absender aufzuerlegen, er muß beweisen, daß er Eigentümer ist, daß der Empfänger Besitzer geworden ist, daß ein Besichtigungsvertrag zustande gekommen ist, daß ein Kaufvertrag geschlossen ist, vor allem aber, ob schlüssige Annahmehandlungen vorliegen, und ob die Sache verschlechtert ist. Er muß, kurz gesagt, alle Entstehungstatsachen beweisen.

Schon allein diese Regelung der Beweislast bedeutet einen großen Schutz für den Empfänger.

Aber auch der Absender bleibt nicht ungeschützt, sein Eigentum wird gegen unberechtigte Eingriffe des Empfängers geschützt.

Schrifttum.

Affolter, in Arch. f. bürg. Recht, 17, S. 1 ff.
Aßmann, Die unbestellte Zusendung. Berlin 1901.
Aravantinos, in Iher. Jahrb. 48, S. 101 ff.
Bartels, Ausführungen zur Besitzlehre, in Gruchot, 42, S. 655 ff.
Beer, in DJZ 1901, S. 431.
Bekker, Zur Reform des Besitzrechts, in Iher. Jahrb. 30, S. 310 ff.
Biermann, Bürgerliches Recht. Kommentar zum Sachenrecht. 1914.
Cochlovius, Die Frage der Haftpflicht bei der Zusendung unbestellter Waren, in Bl. f. Rechtspflege beim Kammergericht. Jg. 28, Nr. 6.
Cosack und Mitteis, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1922/24.
Crome, Das System des deutschen bürgerlichen Rechts. 3. Bd. 1905.
Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte. 1911.
Das BGB mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, erläutert von Reichsgerichtsräten. 8. Aufl. 1934.
Dernburg, H., Das bürgerliche Recht für das Deutsche Reich und Preußen. 3. Bd. 1904.
Dodt, Die unbestellte Zusendung. Diss. Breslau 1931.
Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch. 3. Aufl.
Ehrlich, Die stillschweigende Willenserklärung. 1893.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. II. 1905.
Enneccerus, Lehrbuch. 1.—3. Bd.
Franke, Zusendung nichtbestellter Sachen. Diss. Rostock 1926.
Gareis, Das Stellen zur Disposition. Würzburg 1870.
v. Gierke, O., Deutsches Privatrecht. II. Bd. 1905.
Goldmann-Lilienthal, Das BGB. II. Bd. 1905.
Hanausek, Haftung des Verkäufers. 1888.
Heck, Grundriß des Sachenrechts. 1930.
Henle, Vorstellungs- und Willenstheorie. 1910.
Höchstrichterliche Rechtsprechung.
v. Ihering, R., Der Besitzwille. 1889.
— Der Besitz, in Iher. Jahrb. Bd. 32.
Jakobsohn, Anfechtung stillschweigender Willenserklärungen wegen Irrtum, in Iher. Jahrb. 56, S. 329 ff.
Joseph, in DJZ 1901, S. 383.
Lange, Die rechtliche Natur der unbestellten Zusendungen. Diss. Heidelberg 1907.
Lehmann, Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1928.
Leonhard, Franz, Vertretung bei Fahrniserwerb. 1899.
— Allgemeines Schuldrecht des BGB. 1929.
— Bürgerliches Recht, ein Lehrbuch in kurzen Sätzen. 1931.
Manigk, Willenserklärungen und Willensgeschäfte. 1907.
Milster, Die Rechte und Pflichten des Empfängers unbestellter Waren. Diss. Erlangen 1901.
Mantey, in „Recht" 1901, S. 513.
Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs. 1888.
Oertmann, in Arch. f. bürg. Recht, 20, S. 223.
— Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Allg. Teil 1927.

Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 4. Aufl.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB.
Rotering, im Arch. f. bürg. Recht, 27, S. 93.
Rümelin, im Arch. f. ziv. Praxis, 93, S. 172 ff.
v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 9. Aufl.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 14. Aufl.
Siber, Rechtszwang im Schuldverhältnis. Leipzig 1903.
Strohal, Der Sachbesitz im BGB, in Iher. Jahrb. 38, S. 1 ff.
v. Tuhr, Allgemeiner Teil des Deutschen bürgerlichen Rechts. 1910/18.
Ulitzka, Die Zusendung unbestellter Ware. Diss. Göttingen 1930.
Vleugels, Die unbestellte Zusendung. Diss. Köln 1929.
Warneyer, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Aufl. 1930.
Wedemeyer, Abschluß eines obligatorischen Vertrages durch Erfüllungs- und Aneignungshandlungen. 1904.
Wendt, Besitz und Besitzwille, in Gießener Festschrift. 1907.

Lebenslauf.

Am 29. Juli 1910 wurde ich als Sohn des damaligen Leutnants im Drag.-Rgt. Nr. 7 Harry von Müller in Saarbrücken geboren. Ich besuchte die humanistischen Gymnasien in Doberan, Güstrow und die Ritterakademie in Brandenburg. Dort bestand ich 1930 die Reifeprüfung. Anschließend studierte ich die Rechts- und Staatswissenschaften in Heidelberg und Marburg. 1934 legte ich die erste juristische Staatsprüfung in Kassel ab. Nachdem ich kurze Zeit am Amtsgericht in Ribnitz als Referendar beschäftigt war, trat ich im Herbst 1934 bei dem Kavallerie-Regiment Nr. 5 in Stolp ein. Am 20. 4. 1936 wurde ich Offizier. Im Mai 1937 bestand ich die mündliche Doktorprüfung. Vom Herbst 1937 bis zum Ausbruch des Krieges war ich Adjutant der I. (ber.) Abt. des Kav.-Regts. 5. Im Polenfeldzug war ich Adjutant einer Aufklärungsabteilung. Seit dem 14. 1. 1940 bin ich Schwadronschef in einer Aufklärungsabteilung.

Im Felde, 10. 4. 1940.

Rolf v. Müller.